نظريـة القانـون

مفهـوم وفلسفـة وجوهـر القانـون
طبيعـة وخصائص القاعدة القانونيـة
مصـادر القانـون وتطبيقـه

دكتور
محمد حسين منصور
أستاذ القانون المدنى
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية
المحامى بالنقض والإدارية العليا

إيداع محلي	١٧٩٢٠ / ٢٠٠١
لرقم دولي	ISBN 977-328-276-4

نظريـة القانـون

مفهـوم وفلسفـة وجوهـر القانـون
طبيعـة وخصائص القاعدة القانونيـة
مصـادر القانـون وتطبيقـه

بسم الله الرحمن الرحيم

"يَاأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ
وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَى أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ
أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ"

صدق الله العظيم

سورة المائدة : الآية ٨

تمهيد

تتناول الدراسة الأحكام الأساسية والمبادئ العامة لنظرية القانون ، فهى الخطوة الأولية والمدخل الضرورى الذى يُعين على فهم العلوم القانونية ، حيث تنصب على تحليل القاعدة القانونية ، بصفة عامة ، وتحديد طبيعتها ، والقاء الضوء على عناصرها وخصائصها ومصادرها وتطبيقها .

ومن ثم فإن دراسة النظرية العامة للقانون تقتضى تناول مفهوم القانون وبيان مصادره وتطبيقه ، وعلى ذلك تنقسم الدراسة إلى أبواب ثلاثة .

الباب الأول : مفهوم القانون .

الباب الثانى : مصادر القانون .

الباب الثالث : تطبيق القانون .

الباب الأول

مفهوم القانون

يقتضى تحديد مفهوم القانون بيان ماهيته وخصائصه الجوهرية التى تميزه عن غيره من نظم وقواعد أخرى مشابهة ، ثم توضيح جوهره ، وأخيراً التعرف على تقسيمات القانون وفروعه .

وعلى هذا نقسم الدراسة فى هذا الباب إلى فصول أربعة:

الفصل الأول : ماهية القانون .

الفصل الثانى : خصائص القانون .

الفصل الثالث : جوهر القانون .

الفصل الرابع : أقسام القانون وفروعه .

الفصل الأول

ماهية القانون

إن التعرف على ماهية الظاهرة القانونية يقتضى منا بدايةً تحديد وجه الارتباط بين القاعدة القانونية والحياة الاجتماعية ، مع الاشارة إلى وظيفة القانون وغايته ، ثم محاولة تبيان معانى لفظ القانون ، وبيان موقعه بين سائر العلوم الاجتماعية الأخرى .

المبحث الأول

القانون والحياة الاجتماعية

(أ) الانسان كائن اجتماعي :

الانسان كائن اجتماعي بغريزته ، فهو يولد فى المجتمع ويحيا فيه . ينمو الانسان ويعيش فى ظل اجتماع انسانى . والحياة الاجتماعية تلازمه ، فى الحقيقة ، منذ ظهوره فى الدنيا . ويصعب تصور اعتزال الانسان ليعيش بمفرده بعيداً عن الاجتماع الانسانى إلا فى خيال كتاب القصص أو رواة الأساطير .

يتميز الانسان عن سائر المخلوقات بعقل يوجه حياته ويرشده إلى تدبير معيشته . يسعى الانسان بهدى عقله إلى اشباع حاجاته وغرائزه من الأشياء المختلفة التى تحيط به والقوى الهائلة التى سخرها الله سبحانه وتعالى فى الطبيعة من حوله . والانسان مدفوع بغريزته إلى كفالة بقائه وتوفير أسباب العيش له وذلك من خلال الغذاء والدفاع عن النفس .

ولا يستطيع الانسان مواصلة حياته وارضاء حاجاته ومتطلباته من خلال الاعتماد فقط على امكانياته الذاتية ، فلابد من التعاون مع أبناء جنسه لتحقيق الضرورات العادية لحياته وبقائه . إن تضافر الجهود والامكانيات أمر ضرورى لمقاومة المخاطر الطبيعية ، كالفيضانات والزلازل والحيوانات المفترسة والآفات والأوبئة ، والمخاطر البشرية المتمثلة فى السلب والنهب والعدوان . ولا يستطيع الفرد وحده توفير متطلباته المادية المتمثلة فى السلع والخدمات اللازمة لطعامه ولباسه وسكنه ومتعته . إن عمليات الانتاج تقتضى التعاون والتبادل ، حيث يتخصص كل فرد فى انتاج سلعة أو خدمة من خلال تضافر الجهود .

وبجانب الاعتبارات المادية التى تجعل الاجتماع الانسانى ضرورياً لوجود الانسان ، هناك الاعتبار النفسى المتمثل فى فطرة الانسان وشعوره الغريزى بالرغبة فى الاستئناس بأفراد جنسه والائتلاف بهم ، وتلك مسألة حيوية لتوازنه النفسى واعتدال شخصيته .

(ب) تنوع الروابط الاجتماعية :

إن وجود الانسان فى جماعة يؤدى إلى قيام الروابط المتعددة والروابط المختلفة والمنازعات المتواكبة بين أفراد الاجتماع الانسانى .

١ - فهناك روابط الأسرة التى تعد أقدم الروابط الاجتماعية جميعاً . يظهر الانسان فى الدنيا نتيجة اقتران الذكر والأنثى ، ويدخل بولادته عضواً جديداً فى الأسرة . وتعد الأسرة الخلية الأولى للمجتمع ، وتضم مجموعة من الأفراد تربطهم صلة الدم أو علاقة القرابة ، وتنشأ بين أعضائها روابط متعددة ، فهناك روابط الزوج بزوجته والأب بأبنائه .

ويترتب على الروابط العائلية ميلاد الحقوق والواجبات ، كحق الزوج فى الطاعة على زوجته وحقه فى الولاية على أولاده ، والتزامه ، فى المقابل ، بالانفاق عليهم واعالتهم . وتحتاج تلك العلاقات الأسرية والعائلية إلى تنظيم وأحكام بدءاً بالزواج ومروراً بالبنوة والنسب .

٢ - وهناك الروابط المالية والاقتصادية ، حيث لا يستطيع الانسان اشباع حاجاته المعيشية بنفسه ، فلابد من تقسيم العمل وتخصص كل جماعة فى القيام بعمل أو سلعة أو فرع معين من فروع الانتاج ، ثم يتم التبادل بين الناس فى الخدمات والأموال ، وهكذا تنشأ المعاملات والمبادلات . فالمزارع ، مثلاً ، ينتج المحصولات الزراعية ويحتفظ بجزء منها لسد حاجته ويتصرف فى الباقى ليحصل على سلع مصنوعة أو خدمات يحتاج إليها . وتتنوع صور العلاقات المالية بين الناس من خلال العقود بأنواعها : بيع ، إيجار ، عمل ، مشاركة ، ... وعن طريق الملكية والانتفاع بالأموال .

٣ - وهناك الروابط السياسية أو العامة ، حيث يولد الانسان فى أسرة ، أى فى مجتمع صغير . وتقوم المصاهرة بين الأسر بالاضافة إلى صلة الجوار وينشأ نوع من المبادلة وجانب من المشاركة فى أعباء الحياة . ويتولد عن اجتماع الأسر القبيلة التى تعد فى مقدمة المجتمعات الفطرية . وتحتاج الجماعة إلى تنظيم عام من خلال وجود سلطة أو هيئة عليا تقوم على اشباع حاجاتها والعمل على استتباب الأمن والنظام فيها وترتيب علاقاتها بالجماعات الأخرى . ويتم ذلك من خلال سلطة الأمر والنهى وما يقابلها من واجب الأفراد بالخضوع لها .

وتصدر الأوامر والنواهى فى المجتمعات البدائية من رب الأسرة أو رئيس القبلية أو العشيرة ، وتتضمن ، فى الغالب ،

حلولاً جزئية وفردية لأنها تصدر بمناسبة كل مشكلة على حدة . أما بالنسبة للمجتمعات المتقدمة فتتميز بوجود سلطة سياسية تدير شئون الجماعة وتتولى أمورها . وتقوم هذه السلطة باصدار الأوامر والنواهي التي تتضمن حلولاً للمشاكل ذات طبيعة عامة ومجردة ، أي يتم اعمالها في كل حالة تتكرر فيها ذات المشكلة بغض النظر عن أشخاصها أو زمانها أو مكانها .

٤ – أما عن العلاقات بين الجماعات فقد تتمثل في تبادل السلع والخدمات ، وقد تتعلق بنزاع أو منافسة على مصدر من مصادر الثروة ، وقد تكمن في الرغبة في بسط النفوذ والسيطرة على بقعة من الأرض أو في نشر عقيدة معينة وتحل المشاكل ، عادة ، في مثل هذه الحالات ، من خلال المفاوضات أو المعاهدات أو التحكيم أو الحرب .

(ج) الضبط الاجتماعي :

إن الانسان في سعيه لاشباع حاجاته يدخل في منافسة مع الآخرين ، حيث يشترك الجميع في نفس الحاجات ولا تقف رغبات الانسان واحتياجاته عند حد . وهو لا يقنع بما تحت يده مهما عظم . ويزداد نطاق الشهوات التي يجري الانسان وراء اشباعها بازدياد تعقد المجتمع وتمدن حضارته

والمنافسة بين بني الانسان إما أن تتم في صورة طبيعية وسلمية من خلال بذل الجهود واستخدام الامكانيات والتبادل والتعامل مع الآخرين ، وقد تتمثل المنافسة في العنف والعدوان من خلال التطاحن والصراع وترك العنان لهوى النفس وما جبلت عليه من أنانية وإيثار الذات . ويؤدي ذلك بالضرورة إلى النزاع المستمر بين الأفراد وانتشار الفوضى وانعدام الطمأنينة بين الناس على نحو يتعذر معه قيام السلام

الاجتماعى وتحقيق التقدم للمجموع .

لذلك كانت حاجة الانسان الضرورية إلى وجود الضبط الاجتماعى ، الذى يتمثل فى العوامل ذات التأثير الفعال فى الأفراد والجماعات ، للمحافظة على النظام ومراعاة القيم والأسس المتعارف عليها أو الموضوعة ، وتحقيق مصالح الأفراد والجماعة . وتتنوع وسائل الضبط الاجتماعى بين الضمير والمثل العليا والتربية والتثقيف ، بالاضافة إلى الدين والعادات والتقاليد والقانون .

ولا شك أن القانون يعد من أهم وسائل الضبط الاجتماعى لأنه نظام شامل يتكون من مجموعة من القواعد المتكاملة ذات طبيعة متناسقة تكفل حسن أداء وظائفها وضمان تطبيقها . وتكمن فعالية القانون فى وجود الاعتقاد الجماعى بوجوب الاجبار على تطبيقه من خلال الجزاء المادى الذى توقعه السلطة العامة . فالقانون ينظم العلاقات والمشاكل الناجمة عن تنافس وصراع الأفراد ويضع الحلول المناسبة لها ويعاقب من يخالفها . وهو يتضمن قواعد عامة يلتزم بها الأفراد حرصاً على تحقيق التوازن بين حرياتهم ومصالحهم المتعارضة ، ليحل النظام والاستقرار محل الفوضى والعدوان.

إن المحافظة على الحياة الاجتماعية تستوجب وضع القواعد التى تنظم ممارسة الحريات والأنشطة . تتمثل القيود التى ترد على حرية الفرد ونشاطه ، فى علاقاته مع الآخرين ، فى قواعد تحد حريته وتنظم سلوكه ازاءهم ، كالنهى عن الاضرار بهم أو الأمر بأداء واجبات معينة كالخدمة العسكرية أو دفع الضرائب . وتقوم هذه القواعد على الحرية والمساواة لأنها تحد حرية كل فرد بقدر ما تحده من حرية الآخرين . فالتنازع بين الحريات لا يمكن منعه إلا بتحديدها . ويتمتع

الفرد بنصيبه من الحرية ، فى أمن وسلام ، من خلال السماح للآخرين بالتمتع بنصيب منها مساوٍ لنصيبه

(د) ضرورة القانون للمجتمع :

يعتبر القانون ظاهرة اجتماعية ، فلا يوجد قانون بدون مجتمع . ذلك أن موضوع القانون يتمثل فى تنظيم العلاقات بين أفراد المجتمع . والواقع أن الانسان لا يعيش إلا مع غيره فى جماعة. ولا تستقيم الحياة الاجتماعية بغير نظام. ويتحقق النظام الاجتماعى عن طريق القانون . فكل مجتمع لابد وأن يحتاج إلى قواعد تنظم العلاقات التى تنشأ بين أفراده .

ولاشك أن لكل مجتمع قوانينه ، وحتى فى المجتمعات البدائية وجدت القواعد التى نشأت نتيجة التقاليد والعرف وجعل منها الأفراد أساساً لحياتهم المشتركة . وقد اقترنت هذه القواعد بجزاءات توقع على مخالفتها والخروج عليها . وكانت تلك التقاليد والأعراف تنظم روابط الأسرة أو العشيرة وتوزيع الثروات (أراضى – مراعى – تبادل) وأسس المعاملات . وكان توقيع هذا الجزاء متروكًا لرب الأسرة أو رئيس العشيرة . وبتطور الجماعات فى طريق المدنية انتقل توقيع الجزاء إلى سلطات الدولة وحدها .

وأدى تطور المجتمع الانسانى وميلاد السلطة المنظمة إلى أن يضفى على القانون طابعًا متكاملاً من الشمول والاصدار والتدوين وضمان حسن تطبيقه . بل وتخطى الأمر ذلك ، فلم يعد القانون قاصراً على تنظيم العلاقات وحسم المنازعات واقرار الأمن ، بل تطور ليقيم العدالة بين الأفراد فى الجماعة وذلك من خلال حماية وتدعيم الطبقات الضعيفة. وأصبح القانون كذلك أداة فعالة فى يد الدولة للنهوض بالجماعة من خلال تحقيق خطط وبرامج ذات طبيعة اقتصادية واجتماعية .

وبدأت مع ظهور الجماعات الحديثة المنظمة ، ملامح السلطة السياسية فى الظهور ، وتبلور بالتالى نمط جديد من الروابط الا وهو الروابط العامة أو السياسية التى ترسم خطوط العلاقة بين سلطات الدولة الثلاث . التنفيذية والقضائية والتشريعية ، وبين الحكام والمحكومين ، بل امتد الأمر ليشمل العلاقات بين الدول داخل الجماعة الدولية .

نخلص مما سبق إلى أنه لا قانون بلا مجتمع ولا مجتمع بلا قانون . فالانسان بوصفه كائن اجتماعى يعيش فى جماعة معينة ، تنشأ بينه وبين بقية أفرادها علاقات وروابط عديدة متنوعة . فإلى جانب الروابط الانسانية والأسرية توجد علاقات العمل أو المهنة ، هذا بالاضافة إلى المعاملات المالية والتجارية التى تزدهر بها حياة الجماعة الاقتصادية .

والانسان فى دأبه على اشباع حاجاته وغرائزه ، يتبادل المنافع والخدمات مع غيره من بنى الانسان . ذلك التبادل قد يثمر أحياناً بالخير وقد يتولد عنه العديد من المنازعات أحياناً أخرى ، نظراً لتعارض المصالح وسيطرة الطبقة القوية ، هذا بالاضافة إلى ما تنطوى عليه النفس البشرية من نوازع الأنانية.

لذا كانت الحاجة ماسة منذ بدء الخليقة لوجود نواميس للضبط الاجتماعى ترمى إلى استقرار النظام وتحقيق الأمن والتوفيق بين الرغبات والمصالح المتعارضة والاعتداءات . ونواميس الضبط الاجتماعى متعددة كالأخلاق والدين والتربية والقانون . ويعتبر القانون من أهم وسائل الضبط الاجتماعى لشموله وتغطيته كافة جوانب الجماعة . هذا بالاضافة إلى صفته الملزمة المنبثقة عن تنظيمه والاعتقاد الجماعى بوجوب تطبيقه وقيام سلطات الدولة على ضمان تنفيذه واحترامه .

وينبغى الاشارة إلى أن قواعد القانون لا تكفى وحدها لتحقيق انضباط السلوك فى المجتمع ، ذلك أن توقيع الجزاء المادى عن طريق سلطات الدولة ، مع أنه حاسم وفعال ، إلا أن تطبيقه ، عملاً ، ليس شاملاً وسريعاً ، بل يتسم فى كثير من الحالات بالقصور والبطء ، فلابد من ضبط المخالفة وإقامة الدليل عليها والحصول على حكم قضائى بتوقيع الجزاء ، وهذه العناصر ليست باليسيرة دائماً وخاصة عندما يتعلق الأمر بالدليل ، فالمخالف يفلت من العقاب فى كل حالة لا يقوم فيها الدليل على المخالفة .

لكل ذلك فإن بلوغ التقدم والازدهار لا يتم لمجتمع يعتمد على القانون وحده فى تحقيق النظام والأمن . فلابد من مجموعة أخرى من القواعد تساعد فى انضباط سلوك الأفراد فى المجتمع ، ولعل أهمها قواعد الدين والأخلاق ، والمجاملات . تساهم هذه القواعد بدور كبير فى تنظيم المجتمع وتوجيه سلوك الأفراد فيه ، وهى تشترك مع القانون فى نفس الدور وفى جانب كبير من المضمون ، فكلها تنهى عن القتل والسرقة والاعتداء على حقوق الغير وتسعى لتحقيق أهداف المجتمع الأساسية من نظام وعدالة وتقدم . مثال ذلك إذا اقترض شخص مبلغاً من المال فإنه يفى بالدين عادة فى الموعد المحدد ، ليس فقط لأنه يخشى رفع دعوى ضده ولكن لأن ضميره يؤنبه إن هو أخل بثقة شخص ائتمنه ، وكذلك لأنه يخشى الله سبحانه وتعالى ، ولأنه يحرص على ثقة الناس فيه واحترام الوسط الاجتماعى له .

المبحث الثانى
وظيفة القانون وغايته

يعمل القانون بصفة أساسية على اقامة النظام فى المجتمع. وهو يسعى إلى جانب ذلك لتحقيق أهداف أخرى . والواقع أن وظيفة القانون يتفاوت مضمونها بحسب الفلسفة السائدة فى المجتمع . ولعل من المناسب البدء بنظرة عامة على الغاية من القانون .

المطلب الأول
نظرة عامة على الغاية من القانون

إن القانون ليس غاية فى ذاته ، بل هو وسيلة لتحقيق هدف معين . إن الغاية هى التى تخلق القانون ، حيث يكمن وراء كل قاعدة قانونية هدف محدد وباعث عملى . إن غاية القانون هى القوة الخالقة له وهى الاطار الذى يتحدد على ضوءه مجال تطبيقه وكيفية تفسيره .

والواقع إن للقانون غايات عدة ، تتفاوت وتتضارب بحسب النظام القانونى القائم ، أو القاعدة القانونية المطبقة ، وانطلاقاً من الفلسفة السائدة فى المجتمع . إن القانون يوضع فى سبيل تحقيق غاية معينة ، تختلف تلك الغاية من مجتمع لآخر ، لأن كل نظام قانونى قد تحركه غاية خاصة به ، ترتبط بما يسود المجتمع من ظروف اقتصادية وأحوال سياسية وأفكار فلسفية . والواقع أن الأمر يتراوح بين غاية فنية قريبة وأخرى مثالية بعيدة :

(أ) يرمى المشرع عند وضع تشريع معين إلى تحقيق

هدف محدد مباشر ، يتمثل فى تلبية حاجة ملحة قائمة أو مواجهة مشكلة محددة . ويستبين ذلك بوضوح من الأعمال التحضيرية والمناقشات البرلمانية المتعلقة بالقانون . مثل وضع تشريع معين لتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر . أو وضع تشريع لتنظيم التطليق عن طريق الخلع .

والواقع أنه يمكن اجمال الأهداف العملية والفنية للقانون عير محورين أساسين : يكمن الأول فى حماية حقوق أشخاص القانون أو المخاطبين بأحكامه . ويكمن الثانى فى الوفاء بالحاجات الاجتماعية الأساسية ، وتتفاوت تلك الحاجات بحسب الزمان والمكان ، فهى تتراوح بين المحافظة على الأمن والنظام أو الحفاظ على الوضع الاجتماعى القائم واستقراره ، واحترام الحقوق التى يحددها النظام ويرسم معالمها . وفى الشريعة الاسلامية تتمثل الغاية من الأحكام ، فى مسائل المعاملات فى تحقيق المصالح المشروعة للعباد (١).

(ب) أما عن الغاية المثالية أو النهائية للقانون فتختلف بحسب المذهب السائد . فالمذهب الفردى يرى تلك الغاية فى حماية الفرد وحريته ، فالانسان سابق على المجتمع الذى وجد لمصلحته ، لذا يجب على المجتمع أن يعمل بكل تنظيماته بما فيها القانون ، على خدمة الفرد والحفاظ على حريته وكرامته وحقوقه . أما المذهب الاجتماعى فيرى الغاية من القانون فى تحقيق مصلحة الجماعة وسعادتها ، لأن الجماعة هى الغاية العليا ، ومن ثم يجب تسخير كل الوسائل ومن بينها القانون فى خدمة الجماعة .

وازاء تطرف كل من المذهبين الفردى والاجتماعى

---

(١) انظر ما يلى ص ١٩٤ ، ٢٠٣

وعجزهما عن ادراك الغاية المثلى للقانون (١) ، اتجه الفقه الحديث إلى البحث عن القيم التى تستهدفها النظم القانونية ، فالقانون يؤسس فى نهاية المطاف على فلسفة القيم . والقيم عبارة عن مثل عليا ومعايير للسلوك ، وتعد فى نفس الوقت ، أساس الالزام فى القاعدة القانونية . وقد تنوعت تلك القيم وتعددت من زمان لآخر ، ولعل أهمها : العدالة والأمن والخير العام والنظام والأخلاق . وتتدرج تلك القيم فيما بينها . وتتمثل أفضلية قيمة على غيرها من القيم فى أفضلية النتائج التى تجلبها تلك القيمة للمجتمع .

والقيمة ليست فكرة ذاتية بحتة ، لأن النظرة الذاتية للقيمة يجعلها تتلون وتتشكل بالاعتبارات المتعلقة بالشخص لا بالموضوع فى حد ذاته ، ومن ثم فإن تلك النظرة لا يمكنها أن تولد قاعدة عامة . وبناء على ذلك يتعين النظر للقيمة نظرة موضوعية ، أى بالقيمة المعتبرة كصفة لصيقة بالموضوع ذاته ولأجله بغض النظر عن الشخص وميوله . وتثبت للقيمة ، طبقاً لهذه النظرة ، صفة العمومية والتجريد وتولد قواعد عامة ومجردة . فالنظرة الذاتية للعدالة ، مثلاً ، يجعل لها مفهوماً خاصاً يتفاوت من شخص لآخر ، أما النظرة الموضوعية فتؤدى إلى ميلاد فكرة صائبة عن العدالة تتفق وعموم الحياة طبقاً لمعيار الرجل العادل .

ويستقر الفقه المعاصر على قيم ثلاث ، كغاية مثالية للقانون ، هى الأمن والعدالة والخير العام ، وهى قيم كفيلة بتحقيق التناسق والانسجام داخل النظام الاجتماعى ، وتتوافق مع القاعدة القانونية فى جوهرها ومظهرها الخارجى

---

(١) انظر ما يلى ص ١٢١ .

وهى فى حقيقتها قيم متكاملة بعيدة عن التناقض . إن كل من العدالة والأمن يعدان من أهم ركائز الخير العام . ومن ثم فإن هذه القيم تتواجد فى جميع النظم القانونية ، وتهيمن على كل فروع القانون بدرجات متفاوتة .

(جـ) يوجد ارتباط وثيق بين غاية القانون وطبيعته ، حيث تؤثر تلك الغاية على الأساليب والآليات التى يستخدمها النظام القانونى فى بلوغ الأهداف التى يرنو إلى تحقيقها . أن اختيار الأليات القانونية يرتبط بالضرورة بالأهداف المرجوة من التشريع .

ففى ظل سيادة المذهب الفردى ومبدأ سلطان الارادة يتم استخدام الأسلوب التعاقدى وعلو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، حيث يترك للأفراد حرية التعاقد وتحديد مضمون وشكل العقد ، والاكتفاء بصياغة القواعد القانونية المكملة لارادة المتعاقدين . هذا بالاضافة إلى ازدهار واطلاق حق الملكية وندرة القيود الوارة عليه .

يختلف الأمر فى ظل المذهب الاجتماعى حيث تكمن غاية القانون فى تحقيق مصلحة المجتمع ولو على حساب الفرد ، ومن ثم يتم استخدام العقد الموجه والأكثار من القواعد القانونية الآمرة وتقييد حق الملكية .

وعندما يهيمن الحكم الفردى المطلق القائم على الاستبداد تكمن غاية القانون فى فرض استقرار ذلك الحكم واستمراريته ، ومن ثم يتم استخدام الأساليب القانونية التى تعطى حرية وهمية وديمقراطية شكلية وتفرض وسائل قمع كل معارضة . يختلف الأمر بطبيعة الحال فى ظل الفلسفة الديمقراطية وازدهار الحرية حيث ترتكز أساليب النظام القانونى وألياته على المشاركة الشعبية الحقيقية وحرية

التعبير ومباشرة الحقوق السياسية والعامة .

المطلب الثانى
أهداف القاعدة القانونية

يمكن اجمال أهم أهداف القواعد القانونية فى : تحقيق الأمن والنظام فى المجتمع ، تحقيق العدل ، تقدم المجتمع.

الفرع الأول
تحقيق الأمن والنظام فى المجتمع

لا شك أن الهدف أو الوظيفة الأساسية للقانون هى اقامة الأمن والنظام فى المجتمع . ولا يقتصر الأمر على الناحية المادية بل يمتد ليشمل تحقيق الأمان والاستقرار القانونى .

(أ) تحقيق النظام الاجتماعى :

يقوم القانون بصفة أساسية بتنظيم العلاقات من خلال تحديد ما لكل فرد وما عليه ، فهو يحمى المصالح المشروعة ويدافع عنها بتقريره الحقوق ، وهو فى نفس الوقت يبين واجبات الأفراد تجاه بعضهم البعض ، وتجاه جماعتهم بتحديده للالتزامات . فبيان الحقوق وتحديد الالتزامات هو رسالة القانون الأولى . يحتاج المجتمع إلى نظام يحدد معالم الحرية والاجبار الذى تتضمنه الحياة الاجتماعية . لابد من نظام يحدد لكل فرد ما هو مسموح وما هو ممنوع وما هو الزامى كى يستطيع اختيار الطريق المناسب ويعرف نوع ومقدار الجزاء الذى يتعرض له فى حالة المخالفة .

ينظم القانون الروابط الاجتماعية ويحكمها من خلال

العمل على التوفيق بين مصالح أفراد المجتمع لاقرار النظام فيه على نحو يكفل الصالح العام ، إن وظيفة القاعدة القانونية الأساسية هى ضبط العلاقات بين الأفراد وبث روح النظام والطمأنينة بينهم . وبغير هذا النظام تعم الفوضى ويتفشى الاضطراب وتسود شريعة الغاب وتكون الغلبة للأقوى ، حيث يستعين كل فرد بقوته لاغتصاب الأموال والمنافع لاشباع حاجاته ونزواته على حساب الآخرين ، وينعدم الأمان والاستقرار ، وتضيع الجهود فى العنف والدفاع عن النفس بدلاً من الانتاج والتقدم .

ويفترض النظام الاجتماعى وجود تنظيم يستند إلى سلطة تقوم عليه ليكفل تماسك المجتمع وبقاء الجماعة وتحقيق حاجاتها الضرورية واقامة التوازن بين المصالح المتعارضة من جهة ، وبين السلطات العامة والحريات الفردية من جهة أخرى . وينبغى أن يظل هذا النظام الاجتماعى في حالة حركة دائمة ، حيث يجب أن يساير ظروف الحياة الدائمة التغير باختلاف المدنية والزمان والمكان .

(ب) تحقيق الأمن والاستقرار القانونى :

لاشك أن القانون يلعب دوراً حاسماً فى تحقيق النظام والأمن ، من الناحية المادية ، المتمثل فى الحماية من الاعتداء على الأشخاص والأموال . ويكمن النجاح الحقيقى للقانون فى توفير الأمان والاستقرار القانونى فى الجماعة . فيتم ذلك من خلال المحافظة على استقرار المراكز القانونية ، أى قيام الثقة فى العلاقات القانونية ، والقدرة على توقع الأمور مقدماً ، ويمكن بالتالى رسم وتخطيط العلاقات المستقبلية . ويستطيع الشخص أن يعلم مسبقاً النتائج التى تترتب على

ما يقوم به من أفعال . فمن يبرم عقد شركة يعلم سلفاً النظام القانونى الذى ستخضع له فى المستقبل ومن يرتكب فعلاً ضاراً يعلم حدود مسئوليته عن التعويض .

والواقع أن الأمان والاستقرار القانونى يمكن أن يتحقق من خلال عدة أمور جوهرية .

أولاً : صياغة القاعدة القانونية بطريقة تتسم بالدقة والبساطة والوضوح حتى يتمكن الجمهور من فهم القانون والتعرف على مضمونه والامتثال لأوامره . فاللغة المعقدة أو الغامضة تثير الخلاف والابهام والاضطراب فى المعاملات ، ويتنافى ذلك مع الأمان والاستقرار ، ولا ينبغى أن تقتصر سمة الدقة والوضوح على العبارات فقط ، بل يجب أن تمتد إلى الاصطلاحات القانونية المستعملة .

ويفضل اللجوء قدر الامكان ، إلى الصياغة الجامدة المحكمة لأن الصياغة المرنة تعطى مجالاً واسعًا للتحكم والاختلاف ، وتفتح الباب أمام الادارة والقضاء ليكون لهما دوراً تقديريًا وتحكميًا واسعًا ، ويصعب على الأفراد توقع النتائج أنذاك وتحديد السلوك المستقبل مما يتعارض مع اعتبارات الأمان القانونى .

ثانياً : تطبيق القانون الجديد بأثر فورى حتى يتمكن الأفراد من معرفته وتعديل سلوكهم وفقاً له . ويعنى ذلك عدم تطبيق القواعد القانونية الجديدة بأثر رجعى على الوقائع السابقة على صدورها ، لأن تطبيق القانون الجديد على الماضى يخل بالاستقرار والأمان القانونى . يؤدى تطبيق القانون بأثر رجعى إلى انعدام ثقة الناس فى القانون ووجود القلق فى نفوس الأفراد ، ويضعف الاحساس بالأمان القانونى وتذبل ثقة الأفراد فى الدولة والقانون . فليس من العدل أن

ينظم الناس شئونهم وتصرفاتهم طبقاً لقانون معين ثم يصدر قانون جديد يجرم ما اتاه الأفراد من أفعال مباحة أو يبطل ما قاموا به من تصرفات .

ثالثاً : وجوب التأنى فى وضع التشريعات أو تعديلها وذلك بعد اجراء الأبحاث والدراسات والمناقشات الكافية ، كى يكون القانون الجديد ملائماً ومطابقاً للاحتياجات القائمة بعيداً عن المبالغة والهوى . وينبغى تفادى الاكثار من التعديل التشريعى لأن ذلك يتنافى مع الاستقرار الضرورى لبقاء المجتمع ونموه .

رابعاً : الالتزام بتطبيق القانون وتنفيذه من جانب الجهات المنوط بها ذلك . إن احترام القانون وضمان اعماله يولد الثقة فيه ويحقق الأمن والاستقرار فى الجماعة . فيجب على الجميع ، حكاماً ومحكومين ، تطبيق القانون . إن فعالية القانون هى الأمان الحقيقى على الصعيدين المادى والنفسى للمواطنين .

الفرع الثانى

القانون أداة لتحقيق العدل

إن من أهم أهداف القانون تحقيق العدل بين الناس فى المجتمع ، فالقانون ينبغى أن يكون أداة العدل فى الجماعة . تأتى فكرة العدل فى مقدمة الأفكار التى تهيمن على ضمير الجماعة وتلعب دوراً هاماً فى تكوين القانون .

والعدل فكرة مجردة لها عدة معان تتفاوت فى مداها ، إلا أنها أكثر ارتباطاً بالناحية الأخلاقية والبعد عن كل ما هو ظالم. فالعدل هو المساواة بمعناها العام . أى المساواه بين

الأفراد فيما يفرض عليهم من قيود وفيما يتقرر لهم من حقوق. ويتمثل ذلك فى تمكين كل مواطن من حقه وأداء ما هو واجب عليه . فالمساواه بهذا المعنى هى جوهر العدل . وينبغى أن يسعى القانون إلى تحقيق العدل بين الناس ، بحيث يتحقق التوازن فى المصالح بين المواطنين ويتم التساوى بين الناس فى الأعباء والمزايا . فلا يكون هناك محاباة لشخص أو لطائفة على أخرى .

إن العدل المطلق هو من شأن الله وحده ، أما العدل المقصود كهدف للقانون الوضعى فهو العدل النسبى الذى يختلف باختلاف أطرافه والشخص المراد تحقيق العدل له ، ويتضح ذلك من تقسيم الشراح العدل إلى عدة أنواع كما سنرى بصدد دراستنا لجوهر القانون (١)..

الفرع الثالث

القانون أداة لتحقيق تقدم المجتمع

لا يقتصر دور القانون على تحقيق النظام والأمن فى المجتمع ، بل اتسع هذا الدور وأصبح القانون أداة فعالة لتحقيق التقدم الاقتصادى والاجتماعى والسياسى . والقانون أداة هامة فى سبيل تطور المجتمع وتقدمه .

(أ) أصبح القانون أداة حيوية لاحداث التغيرات الاقتصادية فى الجماعة . فالقوانين الاقتصادية تلعب دوراً هاماً فى تنفيذ الخطة واستقرار الاقتصاد القومى . هناك ارتباط واضح بين علم القانون والحقائق والضرورات الاقتصادية . ويلعب القانون دوراً فعالاً فى تحقيق أهداف النظام الاقتصادى وتوجيهه واحداث التغييرات المرجوة فيه .

---

(١) انظر ما يلى ص ١٤٢ .

ولعل أهم الأمثلة على ذلك القواعد التى تحظر النشاط والأعمال المعوقة للتنمية الاقتصادية ، وتلك التى تحث على النشاط الذى يساعد على التنمية والتقدم الاقتصادى ، مثل استخدام الضريبة لتشجيع نشاط معين أو للحد منه . والضريبة لا تصدر إلا بقانون . كما أن الميزانية العامة وهى التى توازن بين النفقات والايرادات العامة ، هى الأخرى لا تصدر إلا بقانون .

(ب) ويعد القانون أيضاً أداة لتحقيق أهداف المجتمع السياسية ، فهو يحدد الشكل السياسى للدولة ، ويحدد طبيعة العلاقات بين سلطاتها المختلفة ، والحقوق العامة للأفراد ، وتنظيم علاقة السلطة بالمواطنين . ويعبر القانون عن النظام السياسى القائم ويعد خادماً له . ففى ظل النظام الديمقراطى يعبر القانون عن ارادة الأغلبية ويقدم الأدوات والوسائل اللازمة لسير العملية الديمقراطية كضمان الحريات والحقوق الانتخابية . أما فى ظل الأنظمة الديكتاتورية فإن القانون يعبر عن ارادة الأغلبية الحاكمة ويمدها بالقواعد الكابتة للحرية والمقوية للسلطة التنفيذية على حساب السلطتين التشريعية والقضائية .

(جـ) تساهم القوانين ذات الطابع الاجتماعى فى اعادة توزيع الدخول وحماية الطبقات الضعيفة . مثال ذلك تشريعات التأمين الاجتماعى والتشريعات العمالية التى تضمن حقوق العمال فى الأجر وساعات الراحة والأجازات والمشاركة فى الأرباح وفى ادارة المشروع ، والتشريعات التى تضمن حماية النساء والأحداث فى مجال العمل .

(د) إن القانون أداة هامة فى عملية التطور السلمى للمجتمع . إن التطور من أهم أهداف القانون لمواجهة الظروف

الاقتصادية والاجتماعية والعلمية المتغيرة . فالضرورات الاجتماعية تحتاج لتطوير القواعد القانونية ، وذلك إما بتعديل التشريع حتى يتلائم مع ظروف المجتمع ، وإما بوضع النصوص المرنة التى تسمح للقاضى بأن يأخذ فى اعتباره الظروف الخاصة والمتغيرة فى كل حالة على حدة ، وتكون له بصددها سلطة تقديرية تمكنه من تطويعها لمواجهة تغير الظروف .

المطلب الثالث
وظيفة القانون بين الفردية والإشتراكية

يعد القانون مرآه صادقة لحضارة الأمة المادية والمعنوية ، فهو يعكس ظروف الجماعة من كل نواحيها الطبيعية والاجتماعية والسياسية والاقتصادية والمعنوية والخلقية والدينية . وترتبط صورة القانون فى الجماعة بالنظام الاجتماعى والسياسى والاقتصادى والفكرى السائد فيها .

فالنظام القانونى الذى ينشأ فى ظل الفلسفة الفردية وما يرتبط بها من نظام اقتصادى رأسمالى يختلف فى قواعده التفصيلية ومبادئه عن النظام القانونى الذى يقوم فى مجتمع تسوده الأفكار الاجتماعية أو الاشتراكية .

ونعرض لهاتين الفلسفتين ، ثم نبين الاتجاه الوسط الذى استقرت عليه القوانين المعاصرة ، وهو الاتجاه الذى يتفق مع أحكام الشريعة الاسلامية الغراء .

الفرع الأول

وظيفة القانون فى ظل الفلسفة الفردية

(أ) مفهوم المذهب الفردى :

يقوم المذهب الفردى doctrine individualiste على فكرة أساسية مؤداها أن الفرد هو محور الحياة الاجتماعية وهدفها ، والانسان أساس الوجود وغايته ، وهو محور كل القيم والغاية العليا لكل تنظيم اجتماعى .

والفرد لا يستمد وجوده من المجتمع ، بل المجتمع هو الذى يقوم بفضل الفرد ، لذا فإن الجماعة توجد لخدمته لأنه يولد ومعه حقوق لصيقة به ولا يكتسبها من الجماعة. ومصلحة الفرد هى السبيل لتحقيق مصلحة الجماعة .

يعد المذهب الفردى من أهم المذاهب الفلسفية من حيث القوة والانتشار والهيمنة على النظريات المتعلقة بالغاية من القانون وألياته وطبيعته ، وذلك لفترات طويلة . إن جذور هذا المذهب القديمة تجد أساسها فى عدة عوامل دينية وتاريخية واقتصادية .

كان للديانة المسيحية بمفهومها الكنسى تأثير واضح على ظهور المذهب الفردى ، حيث تنظر إلى الانسان كفرد وقيمة فى حد ذاته يرتبط روحياً بالسيد المسيح ، وتقوم الرهبنة كنظام مثالى علي الوحدة واعتزال كل مظاهر الجماعة ، وترتكز عدالة الانجيل على الاهتمام بالأفراد .

وبرز الاتجاه الفردى لدى فلاسفة الاغريق عقبه انهيار نظام المدينة ، وبدأ الناس يبحثون عن وسائل الخلاص من استبداد الحكام وأنانيتهم ، وذلك بالقول بأن المهمة الأساسية للدولة والقانون بأكمله هو سعادة الفرد ومنفعته .

وجاء عصر النهضة حاملاً معه ازدهار التجارة وانتشارها وبزوغ الاكتشافات العلمية ، وقيام الثورة الصناعية ، وظهور الاستعمار ، والانطلاق نحو استثمار الموارد الطبيعية فى القارات الجديدة . ترتب على ذلك اطلاق الحرية الفردية والمنافسة الحرة وانتقال رءوس الأموال والتجارة للاستثمار والعمل . باتت الحاجة واضحة وملحة فى اطلاق حرية الأفراد دون قيود نحو استغلال تلك الثروات والموارد والطاقات . لهذا تمثلت غاية القانون فى تحقيق أكبر قدر ممكن من تأكيد ذاتية الفرد وحريته ، وازالة القيود المفروضةعلى النشاط الاقتصادى بسبب اقطاع العصور الوسطى ، وظهر القانون التجارى ليعطى الدور الأساسى لارادة الأفراد ويبنى التصرفات القانونية على أساس الارادية الفردية .

تركزت أبحاث الفلسفة الفردية حول الانسان كفرد له قيمة فى حد ذاته بغض النظر عن ارتباطه بتنظيم سياسى معين . إن المجتمع المنظم أو الدولة يوجد نتيجة عمل ارادى ، أى بناء على اتفاق تبادلى بين الأفراد المكونين لهذا المجتمع ، وهذا ما يطلق عليه العقد الاجتماعى ، الذى يلتزم الأفراد بمقتضاه بالعيش فى سلام والخضوع للحكومة ، وذلك بقصد حماية حرياتهم وأموالهم والتمتع بها عن طريق القانون. فالفرد هو الذى أقام المجتمع المنظم بارادته ، ومن ثم يجب أن يعمل المجتمع ، بكل ما فيه من تنظيمات وخاصة القانون ، على حماية الفرد ومصالحه وتحقيق سعادته . ويفقد القانون سلطانه إذا تخلى عن تحقيق تلك الغاية ، ويكون ظالمًا ، وللفرد الخروج عليه ، ولاجوز للدولة أن تطالب الأفراد بالخضوع له.

(ب) نتائج المذهب الفردى :

وقد ترتب على هذا المذهب عدة نتائج من الناحية السياسية والاقتصادية والقانونية .

١- فمن الناحية السياسية ، تعتبر الحرية والمساواة من الحقوق الطبيعية اللصيقة بالشخصية ، التى لا يجوز تقييدها أو المساس بها . بل أن المجتمع السياسى المنظم قد وجد لتأكيد تلك الحقوق وحمايتها .

وقد كان لهذا المذهب أثره الواضح فى محاربة طغيان الدولة واستبدادها وقيام العديد من الثورات ، ولعل أبرزها الثورة الفرنسية ، واقرار الحريات العامة وعدم تضييقها إلا فى أضيق نطاق ، وبالقدر الذى يكفل عدم التعارض مع حريات الآخرين . وسيادة مبدأ مساواة الأفراد فى الحقوق والواجبات السياسية .

٢- ومن الناحية الاقتصادية ، يجب أن تسود الحرية الاقتصادية الكاملة حيث تسود المنافسة والنشاط الاقتصادى دون تدخل من الدولة أو وضع قيود عليه ، وتشجيع المبادرة الفردية ، وحرية كل فرد فى اختيار الوسيلة المناسبة لاستثمار أمواله ، واطلاق حرية التجارة وتداول الثروات ، وسيادة مذهب الاقتصاد الحر وقانون العرض والطلب .

٣- ومن الناحية القانونية ، يعتبر الفرد هو هدف القانون الاسمى وليس للقانون من دور سوى حماية وضمان حقوق وحريات الأفراد ، فالفرد يسبق ويعلو المجتمع والقانون .

ويتمتع الفرد بالاستقلال والحرية التى لا يحدها سوى حرية غيره لأن الأفراد متساوون لا سلطة لأحدهم على الاخر . لذلك فإن وظيفة القانون تقتصر على رسم الحدود والفواصل بين حقوق وحريات الأفراد . فوجود حقوق متقابلة

ومتساوية للأفراد قد يؤدى إلى تعارضها . وهنا تظهر ضرورة القانون ووظيفته فى العمل على التوفيق ين الاستعمال المتعارض لهذه الحقوق .

فالقانون فى ظل المذهب الفردى يعتبر أداة صماء ينظر إلى الأفراد جميعاً على أنهم سواسية ومن ثم لا يتدخل فيما يتفق عليه الأفراد وتنصرف إليه ارادتهم ، ولا يعتد بما قد يكون بينهم من فوارق طبيعية أو اقتصادية أو اجتماعية ، فهو يسعى إلى تحقيق العدل المطلق القائم على المساواة المطلقة بين الأفراد .

وعلى هذا برز دور الارادة وسلطانها فى المجال القانونى سواء فيما يتعلق بنظام الأسرة والميراث ، أو فى نطاق المعاملات حيث تسود حرية التعاقد وسلطة الأفراد فى ابرام ما يشاءون من عقود ، وتضمينها ما يرون من شروط ، دون تدخل أو رقابة من قبل السلطة . فالأفراد أحرار ومتساوون ، وتترك المعاملات طبقاً لما يسفر عنه الصراع فيما بينهم .

وبالنسبة للملكية الخاصة فهى مصونة لا تمس ، وهى مطلقة فيما تخول لصاحبها من سلطات . ولا يجوز تقييد سلطات المالك على ملكه إلا فى أضيق الحدود ، ولا يسوغ نزع الملكية الفردية ولو للمصلحة العامة .

(جـ) نقد المذهب الفردى :

لاشك أن المذهب الفردى قد لعب دوراً هامًا فى تأكيد حرية الانسان فى مواجهة الاستبداد وطغيان السلطة الحاكمة التى سادت فى العصور الوسطى ، إلا أن هذا المذهب وجهت إليه عدة انتقادات .

١- لقد بالغ المذهب الفردى فى الاهتمام بالفرد وحريته وحقوقه وتقديس مصلحته الخاصة على حساب المصلحة

العامة . فالفرد لا يعيش منعزلاً ، بل يرتبط بالجماعة ومصالحها المشتركة . وهناك الكثير من المصالح العامة التى لا يمكن تجاهلها كمرافق التعليم والمواصلات والصحة والضمان الاجتماعى .

إن الخطأ الفادح للمذهب الفردى أنه منح كل ثقته للفرد والحد الأقصى من الاستقلال والحرية لتنمية قدراته ، بينما يكشف الواقع العملى عن عجز الفرد عن مواجهة الحياة وحده ، وتؤدى الممارسة المطلقة للحرية إلى بروز الأنانية ، واستعباد القوى للضعيف . ومن ثم لابد من وجود تنظيم للحرية الفردية ، ومنع الاحتكار والاستغلال ، ووجود التنظيمات الاقليمية والمهنية التى تتوسط بين الفرد والدولة ، لتعمل على تجميع الأفراد فى اطار تنظيمى بهدف تحقيق المصلحة العامة .

٢- إن المساواة والحرية التى يقوم عليهما المذهب الفردى هى مساواة وحرية نظرية لأن التنافس بين الأفراد يؤدى إلى غلبة الأقوى وضياع حقوق الضعفاء ، وسيادة الفوضى والظلم والاحتكار وعدم المساواة ، وقد ساعد على ذلك وجود التكتلات الاقتصادية التى تخلق الاحتكار وتقضى على الحرية الاقتصادية والمنافسة .

ونفس النتائج على الصعيد القانونى ، حيث أدى تطبيق مبدأ سلطان الارادة إلى سيادة الارادة الأقوى فى التعاقد ، وتم فرض شروط الأقوياء اقتصاديًا على الطبقة الضعيفة والمحتاجة اقتصادياً . وبدا ذلك واضحاً فى عقد العمل حيث استغل أصحاب الأعمال العمال والنساء والأطفال وحرموهم من كل الحقوق والحريات .

الفرع الثانى

وظيفة القانون فى ظل المذهب الاجتماعى

(أ) مفهوم المذهب الاجتماعى :

أدى تطور النظام الفردى والرأسمالى إلى التفاوت الملحوظ بين الطبقات واتسعت الهوة بينها ، وزاد تعرض الطبقات العمالية للمخاطر ، وأصبح من الواضح أن الحرية والمساواة كلمات لا معنى لها فى ظل الضعف الاقتصادى والاجتماعى .

ظهر المذهب الاجتماعى doctrine socialiste كرد فعل للظلم الذى تعرضت له الطبقات الضعيفة . حيث كان أرباب الأعمال تحت ستار الحرية يفرضون شروطاً قاسية فى عقود العمل مع العمال مقابل أجور زهيدة ، وزادت حوادث العمل التى لم يكن يقابلها تعويض نظراً لصعوبة تحديد المسئولية وخطأ رب العمل لأن السبب فى ذلك هى الآلات الحديثة المعقدة ، وكان العمل بلا غطاء تأمينى .

لذا كان رد فعل المذهب الاجتماعى متطرفًا حيث نظر إلى الانسان ككائن اجتماعى ، ومن ثم يجب النظر بالدرجة الأولى إلى مصلحة المجتمع بأكمله . فالعبرة بتحقيق مصلحة الجماعة قبل كل شئ . والفرد لا قيمة له إلا بوصفه عضواً فى الجماعة يعمل من أجلها . ويجب تسخير الفرد لخدمة الصالح العام .

لا يهتم القانون بالانسان كفرد منعزل ومستقل عن غيره ، ولكن يهتم به ككائن اجتماعى يرتبط بالناس ويعيش معهم . إن الغاية من القانون هى تحقيق مصلحة الجماعة وسعادتها ، ويجب تسخير كل الوسائل فى خدمة الجماعة ،

أى الدولة التى تمثلها فى العصر الحديث . يقوم المذهب الاجتماعى على أساس واقعى حيث يضع فى المقام الأول الحياة داخل الجماعة وتطور الجماعات الانسانية .

وللمذهب الاجتماعى جذوره التاريخية الضاربة فى القدم ، حيث كان الفرد فى الجماعات البدائية يذوب فى العشيرة أو القبيلة ، ولم تكن الملكية الخاصة معروفة فى تلك المجتمعات السابقة على الاستقرار ومعرفة الزراعة ، كانت الأرض ومجارى المياه ملكية جماعية لأعضاء القبيلة .

وسيطرت الأفكار الاجتماعية كذلك بوضوح على فلاسفة الأغريق منذ قيام دولة المدينة ، حيث تم الربط بين الفرد والتنظيم السياسى والنظر إلى الفرد باعتباره عضواً فى المجتمع . ويجب على الأفراد التضحية فى سبيل مصلحة مدينتهم ، فغاية القانون عند أفلاطون هى مصلحة الجماعة أى المصلحة العامة لأنها تقوى بنيان المجتمع ولا تحتل المصلحة الفردية إلا مكاناً ثانوياً .

تبنى فقهاء الرومان المذهب الفردى واتخذوه أساسًا للنظم السياسية والقانونية ، ويهدف القانون إلى تحقيق غاية عليا هى المصلحة الفردية ، وإن كانت هناك بعض الحالات التى ينبغى اعطاء الأولوية للمصلحة العامة على المنفعة الخاصة .

جاء هذا المذهب كرد فعل مضاد فى العصور الوسطى ، حيث كان لسيطرة الاقطاع والكنيسة تأثيراً واضحًا فى معارضة المذهب الفردى ، الذى انفجر من جديد فى مواجهة استبداد الاقطاع وهيمنة الكنيسة وفسادها آنذاك ، وازدهر هذا المذهب على يد الثورة الفرنسية والثورة الصناعية ، ولكن كانت له نتائج سيئة على الطبقات الضعيفة وخاصة العمال ، مما أدى إلى عودة الأفكار الاجتماعية من جديد .

اتخذ المذهب الاجتماعى عدة صور ، مثل الاشتراكية المادية القائمة على حتمية الصراع الطبقى ، وضرورة إعلاء شأن الطبقة العاملة . والقانون فى ظل تلك النظرية هو نتاج الظواهر الاقتصادية ، أى العوامل المادية للانتاج وتوزيع الثروة . وظهرت كذلك اشتراكية الدولة باعتبارها المجتمع الأقوى سياسيًا واقتصاديًا ، حيث يظهر بوضوح الارتباط القائم بين الاقتصاد والسياسة .

وظهر فى نفس الوقت المذهب القومى القائم علٰى أساس عرقى أو عنصرى ، حيث تنطوى الدولة على تجمع بشرى قائم على وحدة الدم والجنس ، وتتمتع كل أمة بخصائصها الطبيعية والثقافية والأخلاقية التى تستمدها من ماضيها وتميزها عن غيرها من الأمم . ويأتى القانون للتعبير عن روح الأمة وتحقيق أهدافها . وهكذا تفاوتت صور المذهب الاجتماعى فى الفترة الماضية ، بسبب العوامل النفسية والاقتصادية والاجتماعية ، إلا أنها التقت على قاسم مشترك هو أولوية المجتمع على الفرد ، واتجاه غاية القانون نحو تحقيق المصلحة العامة ولو على حساب المصالح الفردية .

(ب) نتائج المذهب الاجتماعى :

– ترتب على المذهب الاجتماعى عدة نتائج مناقضة تماماً للمذهب الفردى . حيث أدى اعتناق هذا المذهب إلى تغيير الخريطة السياسية للعالم فى القرن العشرين ، فقد تبنت العديد من الأحزاب والثورات الفكر الاشتراكى وسيطرت على مقاليد الحكم فى كثير من بلاد العالم .

– تدخلت الدولة للحد من الحريات العامة فى سبيل تحقيق المصلحة العامة ، والحد من المبادرة الفردية فى النشاط الاقتصادى ، وسيطرت الدولة على جميع وسائل

الانتاج وقامت بتشجيع القطاع العام ، واحلال مبدأ الاقتصاد الموجه محل مبدأ الاقتصاد الحر .

– تغيرت فلسفة وجوهر القانون حيث بات التركيز على كلمة المصلحة بدلاً من كلمة الحق . فالقانون موجود لضمان المصالح الاجتماعية ، حيث ينبغى أن يتدخل فى مختلف آفاق النشاط فى الجماعة ، وذلك بقواعد آمرة لاقامة مساواة فعلية وواقعية بين الأفراد ، ويتضاءل دور مبدأ سلطان الارادة والحرية التعاقدية . يعتمد القانون على النظام المستمد من السلطة ، وليس العقد كما هو الحال فى المذهب الفردى . تضع السلطة القانون انطلاقًا من الأفكار التى تسيطر على المجتمع وتشكل أساس تنظيمه . يصدر القانون تعبيراً عن القيم والمثل الاجتماعية العليا والظروف الاقتصادية والاجتماعية السائدة .

– يتبنى المذهب الفردى فكرة العدالة التبادلية القائمة على المساواة المطلقة بين الأفراد فى الحقوق والواجبات ، بينما يتبنى المذهب الاجتماعى فكرة العدالة التوزيعية القائمة على المساواة الواقعية أو النسبية ، أى مراعاة الظروف والقدرات الخاصة بكل فرد عند تقرير الحقوق والواجبات ، أى التوزيع العادل للثروات والمزايا والأعباء طبقاً لظروف كل فرد .

– من الناحية السياسية والاقتصادية ، يرى المذهب الاجتماعى ضرورة تدخل الدولة لكفالة الحرية والمساواة الفعلية بين الأفراد ، وذلك من خلال وضع القيود على النشاط الفردى والاقتصادى لحماية الطبقة الضعيفة ، وتوفير الظروف الاقتصادية والاجتماعية المناسبة لمنع الاحتكار والاستغلال على نحو يحقق المساواة الواقعية وليست النظرية بين أفراد المجتمع .

- ومن الناحية القانونية ، تتحدد وظيفة القانون فى تحقيق مصلحة الجماعة . وتبرز أهمية النظم القانونية التى تفرضها الدولة على الأفراد ، لتلعب دوراً ايجابياً فى تحقيق العدالة الاجتماعية ، وتنظيم الحقوق الموجهة التى تتفق مع الصالح العام .

- فالملكية ليست حقًا خاصًا مطلقًا بل لها وظيفة اقتصادية واجتماعية ، ويمكن تأميمها ونزعها للمصلحة العامة ، ويجب وضع أحكام لتنظيم الأسرة والميراث على نحو يمكنها من أداء دورها الاجتماعى على خير وجه .

- ويتدخل القانون فى مجال التعاقد لفرض رقابته على مضمون العقد وشروطه ، لأن احترام سلطان الارادة لا يكون إلا بالقدر الذى ينطوى على تحقيق العدالة . فالقانون يفرض بعض القيود على الأفراد لتحقيق بعض المصالح الاجتماعية ، مثل عقد التأمين الاجبارى من حوادث السيارات والمبانى لضمان تعويض المضرورين من هذه الحوادث . وسلطة القاضى فى تعديل عقود الاذعان لصالح الطرف الضعيف . وفرض الكثير من الشروط فى عقد العمل لحماية العامل .

(جـ) نقد المذهب الاجتماعى :

لا شك أن من حسنات المذهب الاجتماعى تلافى عيوب المذهب الفردى ومساوئه ، وابراز أهمية الدور الايجابى للدولة والقانون فى تحقيق المساواة الواقعية بين الأفراد ، وحماية الطبقات الضعيفة ، وابراز أهمية المصلحة العامة .

إلا أن المذهب الاجتماعى يعاب عليه تطرفه فى اهدار الفرد وحقوقه لمصلحة الجماعة ، مما أدى إلى طغيان سلطان الدولة والحكام على نحو يعدم حرية الفرد . وزاد تدخل الدولة فى كثير من المجالات ، مما أدى إلى تقلص دور الفرد وشل

حركته وعرقلة نشاطه . وكانت النتيجة هى زيادة التعقيدات الادارية والكساد الاجتماعى والاقتصادى . واستفحل دور القانون العام على حساب القانون الخاص ، حيث تدخلت الدولة فى كافة المعاملات والعلاقات القانونية بوصفها سلطة عامة .

الفرع الثالث

التوفيق بين المذهبين الفردى والاجتماعى

(أ) الاتجاه نحو الوسطية :

أدت مساوئ كل مذهب إلى عدول الكثير من الدول عن الأخذ بأى منهما على اطلاقه ، حيث حاولت معظم القوانين المعاصرة الجمع بين المذهبين وتلافى ما بكل منهما من مساوئ . لذا كان الاتجاه الوسط الذى يوفق بين كرامة الفرد وحريته وكونه عضواً فى جماعة مما يفرض عليه قيوداً تقتضيها مصلحة تلك الجماعة على نحو يعود بالخير والنفع على الجميع وتلك هى المصلحة العامة .

والجدير بالذكر أن تلك النظرة هى التى تقوم عليها الشريعة الاسلامية ، حيث تتضمن نظرية متكاملة تشمل كافة جوانب الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية ، وتضع مبادئ عامة توفق فيها بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة على نحو يخلق التكامل والتوافق بينهما دون تجاوز أو عسف .

والاتجاه اليوم فى القانون الحديث فى كثير من الدول هو الجمع بين المذهبين الفردى والاجتماعى . فالقانون المصرى يتأثر فى الأصل بالمذهب الفردى إلا أنه يتأثر فى بعض المجالات بتعاليم المذهب الاجتماعى ، التى اشتق الكثير من

أصولها من مبادئ الشريعة الاسلامية السمحاء .

مثال ذلك نص القانون المدنى على أنه ليس للمالك أن يغلو فى استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار . وليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة أى التى لا يمكن تجنبها . ولملاك الأراضى المحبوسة عن الطريق العام المرور فى الأراضى المجاورة للوصول إليها بحسب العرف . ويلتزم صاحب الأرض بأن يسمح بمرور المياه الزائدة لصرفها فى أقرب مصرف عمومى فى مقابل تعويض عادل . وتم تنظيم العقود بطريقة تكفل سلطان الارادة مع وضع القيود التى تحمى الطرف الضعيف .

ويجوز للقاضى ، إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم تكن متوقعة وترتب على حدوثها أن تنفيذ العقد أصبح مرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، وذلك تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين .

وإذا تم العقد بطريقة التسليم « الاذعان » بشروط تعسفية مرهقة جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف الذى سلم بها منها وذلك وفقاً لما تقضى له الشريعة والعدالة ، وإذا تضمن العقد شروطاً تعسفية مرهقة للطرف الضعيف ، كانت باطلة .

وأخيراً فإن المشرع قد نص على نظرية عدم التعسف فى استعمال الحق بصفة عامة بقوله أن من استعمل حقه استعمالاً يتنافى مع الشرع والعرف فإنه يكون مسئولاً عما يترتب على استعماله غير المشروع من ضرر . ويكون استعمال الحق غير مشروع إذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير ، أو إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة

الأهمية بالقياس إلى ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، أو إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة .

(ب) الطابع الاجتماعي للقانون المعاصر :

كان للمذاهب والاتجاهات الاجتماعية الحديثة أثرها الواضح على الفكر القانوني المعاصر ، وساعد على ذلك ظهور الأفكار الاشتراكية ، حيث تعلو مصلحة الجماعة وسيادتها . والصالح العام يعلو على صالح الأفراد لأن الفرد ليس إلا جزءاً من الجماعة . لهذا فإن القانون يجب أن يتدخل لتحقيق الصالح العام ولو على حساب مصلحة الفرد .

وظهرت الحاجة الملحة إلى تطور القانون وظهور التشريعات الاجتماعية العديدة لتقيم التوازن وتحمى الطبقات الكادحة وتحقق العدالة التى تراعى الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية ألا وهى العدالة الاجتماعية .

وقد ساعد على هذا التطور العديد من الاعتبارات أهمها تطور النقابات العمالية وازدياد قوتها ، ومشاركة الطبقة العاملة فى الانتخابات واتساع الفرصة أمام الشعب للمشاركة فى الحياة السياسية من خلال الاقتراع العام ، هذا بالاضافة إلى ظهور الفكر الاشتراكى وتأثيره الواضح فى الأفكار الحديثة .

وأدى كل ذلك التطور الاجتماعى والاقتصادى إلى تزايد الشعور الوطنى ، وظهور التضامن بين الأفراد على نحو يضمن حداً أدنى من مستوى المعيشة للفرد ، وبالتالى أهمية تدخل الدولة والمشرع بالعديد من التشريعات بهدف تحسين ظروف الطبقة الضعيفة والتدخل لاقامة التوازن فى الحياة الاقتصادية بين الأفراد .

وقد كان للحركة الاجتماعية أثرها الواضح فى تأكيد

حقوق الانسان الاجتماعية كالحق فى العمل ، والحق فى توزيع عادل للدخل القومى ، والحق فى التأمين الاجتماعى ، والحق فى المشاركة فى الادارة ، واتخاذ القرار .

هذه الحقوق كان لها صدى كبيراً فى أغلب التشريعات المعاصرة وتبنتها اعلانات حقوق الانسان مثل الاعلان العالمى لحقوق الانسان الصادر فى عام ١٩٤٨ ، والميثاق الاجتماعى الأوربى الصادر فى ١٩٦١. وكل ذلك يؤكد إن للانسان حقوقاً اجتماعية إلى جانب حقوقه السياسية والمدنية . تلك الحقوق أقرتها الشريعة الإسلامية وعبرت عنها النظم القانونية الحديثة والتشريعات الاجتماعية العديدة ، وكان لها أثرها الواضح فى اضفاء الصبغة الاجتماعية على القانون .

المطلب الرابع

تطور الغاية فى النظام القانونى المصرى

يوجد ارتباط وثيق بين غاية النظام القانونى وطبيعة النظام السياسى السائد فى المجتمع ، لذا تباينت الغاية من القانون فى مصر طبقاً لتغاير فلسفة النظام الحاكم .

(أ) غاية القانون قبل ثورة ١٩٥٢ :

– ترتب على دخول الاسلام مصر بذوغ عصر جديد من الحرية والعدالة بعد ظلمة وجور واستبداد الحكم الرومانى الذى عانى منه الشعب . وكان ظهور الاسلام حداً فاصلاً بين عهدين مختلفين من عصور التاريخ القانونى : عهد الفطرة الذى لا يسود فيه قانون شامل ، بل سيطرت فيه التقاليد القائمة على القوة الفردية ، وعهد النظام الذى عمت فيه

شريعة عامة واحدة تستند إلى العقيدة والعدالة الاسلامية تطبقها سلطة حاكمة قوية .

– تولى محمد على مقاليد الحكم فى مصر ، بعد فترة من الاضطراب فى ظل المماليك والعثمانيين ، وانسلخ من النظام القانونى الاسلام وتبنى فلسفة الحكم المطلق ، وأحدث تغييرات أساسية فى النظام السياسى والاقتصادى أثرت بدورها فى النظامين القانونى والقضائى ، حيث بدت عليهما ملامح الفكر العلمانى والغربى ، وتمثلت الفلسفة التشريعية فى تلك الفترة فى تحقيق الأمن والاستقرار وتدعيم قوة الدولة واقتصادها بغض النظر عن اعتبارات العدالة .

– توارث الحكم أبناء محمد على وسيطر النظام الطبقى واحتل الأجانب مكانة بارزة فى النظام الاجتماعى والاقتصادى، لذا ظهر نظام الامتيازات الأجنبية . صدرت لائحة فى عهد سعيد وأخرى فى عهد توفيق لتنظيم المحاكم الشرعية ونصت على تطبيق أرجح الأقوال فى المذهب الحنفى . وكانت هناك مجالس ملية للطوائف غير الاسلامية تطبق القوانين الكنسية لا سيما فى مسائل الزواج والمواريث . وتم منح الأجانب امتيازات جعلتهم يخضعون فى منازعاتهم لقناصلهم . وتم انشاء مجالس تجارية تختص بالمنازعات التجارية .

عم الاضطراب فى الحياة القانونية للبلاد بسبب تعدد الجهات القضائية حيث يطبق كل منها قانونه . ثم التغلب على هذه الفوضى بانشاء نظام المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية ، وتم وضع تقنينات لكل محاكم فى فروع القانون تم اقتباسها من القوانين الفرنسية . تمثلت الغاية الرئيسية لتلك القوانين فى التعبير عن فلسفة المذهب الفردى المهيمنة

أنذاك وسيطرة نظام الاقطاع والرأسمالية الأجنبية على البلاد . ترجم القانون احتياجات الطبقة الحاكمة من رأسمالية واقطاع ، واحتفظ فى عمومه بالطابع الرأسمالى الغربى .

– تم وضع التقنين المدنى المصرى عام ١٩٤٨ فى ظل ازدهار الفردية القانونية البحتة . وقد سبقه فى ظل نفس الفلسفة القانون التجارى عام ١٨٨٣ الذى عبر بوضوح عن مصالح رجال الأعمال وقنن الأعراف التجارية بين التجار .

– عبر القانون عن الحرية الفردية من خلال اقرار مبدأ سلطان الارادة ، والعقد شريعة المتعاقدين ، واطلاق حق الملكية وتقويته من خلال مضمونه وطرق اكتسابه من خلال الشفعة والاستيلاء .

ولكن القانون تأثر أيضاً بنفحات النزعة الاجتماعية التى بدأت فى الظهور أنذاك ، فأورد بعض القيود القانونية والاتفاقية على حق الملكية سواء للمصلحة العامة أو لمصلحة الجيران . وعدم الغلو فى استعمال حق الملكية حيث لا يجوز للجار أن يلحق بجاره ضرراً غير مألوف . وتضمن تنظيماً لنظرية التعسف فى استعمال الحق . ووضع بعض أسس تحقيق العدالة الاجتماعية عبر تقييد مبدأ سلطان الارادة بوجوب عدم مخالفة النظام العام والآداب ، وجواز تعديل القاضى للعقد فى حالة الظروف الطارئة وعقود الاذعان ، وتبنى مبدأ المسئولية بدون خطأ بالنسبة للأشياء .

(ب) غاية القانون فى ظل الفلسفة الاشتراكية :

سيطرت الفلسفة الاشتراكية على النظام القانونى المصرى فى فترة الحكم الناصرى (١٩٥٢ : ١٩٧٠) . تلك الفلسفة السيئة ، النابعة من الشيوعية الماركسية ، القائمة على المادية والالحاد ، حيث تحدد علاقات الانتاج كافة مظاهر

الحياة الاجتماعية ، من خلال التطور التاريخى والصراع بين الطبقات . ونبذ كل القيم الدينية والمثل العليا ، ويأتى القانون للتعبير عن الواقع الاقتصادى وحده ، أى الربط المنهجى بين القانون والاقتصاد .

تم تحديد وتضييق نطاق الملكية الخاصة ، واعطاء الأولوية الكبرى للملكية الجماعية لعوامل الانتاج . وضع المشرع حداً أقصى للملكية الزراعية وهو خمسون فداناً للأسرة ، ونظم العلاقة بين المالك والمستأجر ، سواء بالنسبة للأرض الزراعية أو المبانى ، بوضع حد أقصى للأجرة ، وتقرير الامتداد القانونى للايجار لصالح المستأجر .

تم انشاء شركات القطاع العام المملوكة للدولة ملكية خاصة ، بهدف السيطرة على وسائل الانتاج وتوجيه النشاط الاقتصادى وفقاً لخطة عامة للتنمية ، وذلك أملاً فى تغلب المصالح الاجتماعية على المصلحة الفردية وتحقيق العدالة الاجتماعية .

(جـ) الانفتاح الاقتصادى والعودة إلى الفردية القانونية :

فشلت التجربة الاشتراكية بقيمها المادية على الصعيد العالمى ، وتدهورت الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية فى مصر ، وبات القطاع العام مجالاً للنهب والسرقات ، وعجز عن تلبية مطالب الخطة ، وفشل فى تحقيق العدالة الاجتماعية المرجوة ، بل ظهر ثراء الطبقة الحاكمة والادارية ، وتدهورت العلاقة بين المالك والمستأجر ، وتفاقمت أزمة الاسكان .

تم التراجع عن النزعة الاشتراكية مع بداية عام ١٩٧٤ وشهدت الدولة تغييرات أساسية فى السياسة الاقتصادية ، تتمثل فى الانفتاح الاقتصادى ، وتقليص دور القطاع العام ،

وفتح الباب أمام رؤوس الأموال الأجنبية والعربية للاستثمار وانعاش الاقتصاد وازالة ما به من ركود وجمود . وتم اللجوء إلى برنامج الخصخصة ، أى التخلص من القطاع العام تدريجيًا وتشجيع القطاع الخاص على ممارسة الأنشطة الاقتصادية وفقاً لقانون السوق .

وتم الانتقال من الاقتصاد الموجه القائم على الخطة إلى الاقتصاد الحر القائم على القواعد ، وانحصر دور الدولة فى توجيه الاقتصاد والمجتمع والاشراف عليه بهدف تحقيق التنمية والعدالة والاستقرار .

واستوجب كل ذلك الاستعانة بآلية تشريعية لتدعيم هذا التغيير ، وتبدل المنهج القانونى ، وبرزت الغاية المثالية للقانون من جديد ، حيث تم تعديل الدستور بالنص على اعتبار مبادئ الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع (١) . وعادت الفردية القانونية من جديد ، وأصبحت الغاية من القانون حماية النشاط الفردى ، وتم فتح باب تملك الأراضى الصحراوية لاستصلاحها وتعميرها ، واستعاد مبدأ سلطان الارادة مكانته من جديد ، حيث تم تحرير العلاقة الايجارية واخضاعها لأحكام القانون المدنى (٢) .

ولعبت المحكمة الدستورية العليا دوراً هامًا فى تأكيد قدسية الملكية الخاصة وحمايتها من كافة صور الاعتداء عليها ، وقررت فى أكثر من موضع بأن « الدستور ، اعلاء من جهته لدور الملكية الخاصة ، وتوكيداً لأسهامها فى صون الأمان الاجتماعى ، كفل حمايتها لكل فرد ، وطنياً كان أم أجنبياً ،

---

(١) انظر ما يلى ص ٣٣٨ .

(٢) وذلك فى الأراضى الزراعية ، وعقود ايجار الأماكن المبرمة ابتداء من ١٩٩٦/١/٣١ .

ولم يجز المساس بها إلا على سبيل الاستثناء ، وفى الحدود التى يقتضيها تنظيمها ، باعتبارها عائدة ، فى الأعم من الأحوال ، إلى جهد صاحبها ... ولم يعد جائزاً أن ينال المشرع من عناصرها ، ولا أن يغير من طبيعتها أو يجردها من لوازمها ، ولا أن يفصلها عن أجزائها أو يدمر أصلها ، أو يقيد من مباشرة الحقوق التى تتفرع عنها فى غير ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية ، ودون ذلك تفقد الملكية ضماناتها الجوهرية ، ويكون العدوان عليها غصباً ، وافتئات على كيانها أدخل إلى مصادرتها » (١) .

المبحث الثالث

معنى القانون

نعرض لتعريف القانون ، وبيان جانبيه الفنى والعلمى ، ثم مراحل النشاط القانونى ، ومناهج البحث القانونى .

المطلب الأول

التعريف بالقانون

(أ) لفظ القانون وتعدد معانيه :

إن كلمة قانون ليست عربية ، بل هى معربة عن الأصل اليونانى Kanun أى العصا المستقيمة ، وتستخدم مجازاً فى معنى القاعدة والقدوة والمبدأ . وانحصر التركيز فى الاصطلاح على دلالة الاستقامة ، لذا عبرت اللغات اللاتينية

---

(١) الدستورية العليا فى ١٨/٣/١٩٩٥ القضية ٦ س ٩ قضائية .

والجرمانية عن القانون بكلمة المستقيم droit . والقانون لغة هو مقياس كل شئ أو الخط الذى يميز بين الاستقامة والانحراف .

يعبر لفظ القانون ، بمعناه العام ، فى كل العلوم ، عن النظام والاستقرار ، والعلاقة الثابتة والدائمة بين الظواهر ، أى تكرار حدوث الظاهرة كلما توافرت مسبباتها . ويقصد بذلك نظام الكون المستقر أو مقياس الأشياء ، فيقال قانون الجاذبية الأرضية فى علم الطبيعة ، وقانون دوران النجوم والكواكب ، وقانون العرض والطلب .

ويقصد بالقانون Droit ، فى اللغة القانونية ، مجموعة قواعد السلوك العامة الملزمة للأفراد فى المجتمع ، والتى تنظم العلاقات والروابط ، ويناط كفالة احترامها من خلال الجزاء الذى توقعه السلطة العامة على من يخالفها .

ويطلق اصطلاح القانون Loi أحياناً للتعبير عن مجموعة معينة من القواعد القانونية التى تصدر عن السلطة التشريعية ، أى أن القانون يستخدم هنا للتعبير عن التشريع ، فيقال قانون الاثبات ، وقانون الأحوال الشخصية وقانون خدمة الدفاع الوطنى .

ويستخدم لفظ القانون كذلك للدلالة على مجموعة القواعد القانونية التى تنظم نوعاً معيناً من الروابط ، وتعتبر فرعاً معيناً من فروع القانون ، فيقال القانون المدنى للدلالة على مجموعة القواعد القانونية التى تنظم العلاقات المالية بين الأفراد ، والقانون التجارى للتعبير عن مجموع القواعد التى تحكم العلاقات التجارية أى العلاقات بين التجار ، وقانون العقوبات الذى يتضمن القواعد التى تحدد الجرائم وتقرر العقوبات عليها .

وأخيراً فإن القـانون كثيراً مـا يقتـرن بلـفظ أخـر وهـو الوضعى ، للتعبير عن القواعد السائدة والمطبقة فعلاً فى بلد معين ، فيقال القانون الوضعى اللبنانى للدلالةعن مجموعة القواعد القانونية المطبقة بالفعل فى لبنان فى الوقت الراهن ، ونفس الحال بالنسبة للقانون الوضعى المصرى .

(ب) القانون والحق :

إذا كان القانون Droit objectif هو مجموعة القواعد التى تنظم الروابط الاجتماعية فى المجتمع بأحكام ملزمة ، فإنه يقيم النظام ويحقق الاستقرار من خلال اقامة التوازن بين مصالح الأفراد المتشابكة والمتعارضة ، ويتم ذلك عن طريق تحديد المركز القانونى لكل فرد وما يتضمنه ذلك المركز من حقوق وواجبات ، فالمالك يقرر له القانون حق الملكية على ملكه ويفرض على الآخرين احترام حقه ويكفل له حمايته ، ويخول القانون الدائن سلطة اقتضاء عمل معين من المدين .

وبذلك تتولد الحقوق عن القواعد القانونية ، والصلة وثيقة بين القانون والحق ، لأن الحق Droit subjectif هو سلطة يمنحها القانون لشخص معين ، ويكفل له حمايتها .

المطلب الثانى

الجانب العلمى والجانب الفنى للقانون

إن القانون علم وفن فى ذات الوقت .

(أ) الجانب الفنى للقانون :

لاشك أن القانون وسيلة فنية هامة لتحقيق النظام والمثل العليا فى الجماعة . ولا يمكن الوصول إلى هذه الغاية إلا

باختيار الأدوات والوسائل الفنية الناجحة والعمل على حسن تطبيقها .

– فالمشرع عندما يضع القاعدة القانونية تتنازعه عدة اتجاهات وحلول ينبغى أن يوازن بينها لاختيار الأنسب والأصلح ، ويتم ذلك تحت تأثير عوامل وأفكار مختلفة : سياسية واقتصادية واجتماعية ودينية . وهذا ما يسمى بفن اعداد التشريع ، حيث ينبغى الموازنة بين المصالح المتعارضة بدقة مع الأخذ فى الاعتبار كافة الظروف القائمة . فقانون الاسكان ، مثلاً ، يحتاج فى صياغته إلى اقامة التوازن بين مصالح كل من الملاك والمستأجرين وأزمة الاسكان . ولا يقتصر الأمر على فن تحديد مضمون القانون بل فن صياغته أيضاً ، حيث ينبغى اختيار العبارات والمصطلحات الدقيقة الواضحة .

– ويبدو الفن القانونى أيضاً على الصعيد القضائى ، حيث يجب على القاضى تفسير القانون وتطبيقه على المنازعات المتفاوتة المعروضة عليه ، وهذا هو الفن القضائى فى تطويع النصوص ومد أحكامها للحالات المستجدة التى يكشف عنها الواقع العملى ، وفن استنباط الأحكام على ضوء الحكمة من النص وتحقيق الصالح العام ، والبحث عن مواءمة النصوص مع وقائع الحياة المتغايرة .

(ب) الجانب العلمى للقانون :

يدخل القانون فى عداد العلوم الانسانية ، وهو فى ذات الوقت أحد العلوم الاجتماعية ، ذلك أن القواعد القانونية تخاطب سلوك الانسان فى المجتمع ، وهى تُبنى على ظواهر ووقائع اجتماعية. ولابد من دراسة الواقع الاجتماعى والبعد الانسانى للمشكلة قبل وضع الحكم القانونى الملائم لها ، فلا

يمكن اختيار الوسيلة الفنية المناسبة من الناحية القانونية إلا بعد الالمام الكامل بالحاجات الاجتماعية .

ومن جهة أخرى فإن قواعد القانون المتفرقة تحتاج إلى تنسيق وتنظيم لاقامة نظام قانونى متكامل . ويتم ذلك من خلال اجراء التقسيمات المختلفة ، كالقانون العام والقانون الخاص وما يندرج تحتهما من فروع عدة . ويتم الاستعانة كذلك بالطوائف القانونية التى تضم عناصر الحياة القانونية المتماثلة مثل التصرف القانونى والواقعة القانونية والعقود المسماه ، وتقسيم الجرائم إلى جناية وجنحة ومخالفة . ولا شك أن ذلك يؤدى إلى تيسير عملية الدراسة والبحث من خلال تحليل النظم القانونية المتفرقة وبيان طبيعتها .

وهذا ما يسمى بعلم القانون الذى يتمثل فى معرفة مجموعة القواعد القانونية وتحليلها والقاء الضوء على مضمونها وتبين الحكمة من صياغتها ونتائج تطبيقها من الناحية العملية .

المطلب الثالث

مراحل النشاط القانونى

يمكن اجمال المراحل التى يمر بها النشاط القانونى أو العملية القانونية فى كل من : القاعدة القانونية ، الواقعة القانونية ، الحكم القضائى .

(أ) القاعدة القانونية :

إن وجود القاعدة القانونية هى نقطة البداية فى النشاط القانونى . إن مجال الحياة القانونية مرتبط بقواعد القانون الموجودة بالفعل . هذه القواعد إما أن تكون فى صورة

تشريعات أو عرف . وهى قواعد ملزمة تقوم السلطة العامة على كفالة احترامها . وقواعد القانون لا تحكم وحدها كل مظاهر الحياة فى المجتمع ، فهناك ظواهر وجوانب متروكة لقواعد ونواميس أخرى مثل الدين والأخلاق والمجاملات ، وفى مثل هذه الحالات نخرج عن نطاق النشاط القانونى .

(ب) الواقعة القانونية :

الواقعة هى كل حدث أوفعل يقع فى الحياة ويترتب عليه تغيير أو تطور فى الأوضاع القائمة . وتكون الواقعة قانونية إذا ترتب عليها آثار قانونية محددة ، أى أن الحدث الواقع أدى إلى تطبيق قاعدة قانونية معينة وترتب على ذلك آثار ونتائج تقررها هذه القاعدة .

فالوفاة واقعة قانونية لأن القانون يرتب عليها أثراً معيناً هو استحقاق الميراث . وارتكاب الشخص فعلاً خاطئاً يؤدى إلى الاضرار بالغير يُعد واقعة قانونية لأن القانون يرتب عليه أثراً معينًا هو الزام الفاعل بتعويض المضرور . والبيع تصرف قانونى يرتب القانون عليه التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشترى مقابل التزام الأخير بدفع الثمن .

(جـ) الحكم القضائى :

الأصل هو قيام الأفراد طواعيه باعمال حكم القانون فى تصرفاتهم وأفعالهم . ويتم ، فى الغالب ، ترتيب الآثار التى تأمر بها القاعدة القانونية بالتراضى بين الأطراف . فيقوم البائع بتسليم المبيع ويتولى المشترى دفع الثمن . ويرد المقترض قيمة القرض فى الموعد المتفق عليه . ويباشر الشركاء عملية انشاء الشركة وادارتها واقتسام الأرباح

والخسائر فيما بينهم . ويقوم محدث الضرر بتعويض المضرور على النحو العادل ، وهكذا .

إلا أنه فى كثير من الحالات يرفض الأفراد الانصياع لحكم القانون ويتحايل البعض على التهرب من ترتيب أثاره ، لذا كان من الضرورى ، فى المجتمع الحديث ، ان تتولى السلطة العامة العمل على احترام حكم القانون كى يستتب النظام والأمن . يلجأ صاحب الحق إلى القضاء الذى يتولى سماع أطراف الخصومة وبحث حجج دفاع كل جانب ، ثم يطبق القاعدة القانونية الواجبة على النزاع ، ويستخلص الحل أو الحكم الواجب ويأمر به .

ويتمتع الحكم القضائى بحجية واحترام فى مواجهة الكافة ، وتلتزم سلطات الدولة بتنفيذه . وسلطات الدولة التى تملك سلطة وقوة الاجبار هى النيابة والبوليس والمحضرون . فإذا قضى الحكم بحبس المجرم ، فإن الشرطة تتولى القبض عليه وتسليمه إلى السجن لتنفيذ العقوبة . وإذا قضى الحكم بالزام المدين بدفع مبلغ معين ، فإن المحضر بمعاونة الشرطة يتولى الحصول على هذا المبلغ وتسليمه للدائن . وإذا تعسف المدين فإنه يتم الحجز على ماله وبيعه فى مزاد علنى لاستيفاء المبلغ من ناتج البيع .

المطلب الرابع
مناهج البحث القانونى

إن منهج البحث يتمثل فى وسيلة العمل أو الطريق الذى يسلكه الفكر الانسانى للوصول إلى الحقيقة ، أى مجموعة القواعد التى يتبعها المفكر فى سعيه نحو المعرفة . إن دراسة

مناهج البحث القانونى يعد جوهر نظرية القانون وفلسفته ، لأن الادراك الواعى لأساليب الفكر القانونى يساعد على فهم القواعد القانونية وحسن صياغتها ودقة تفسيرها وكمال تطبيقها واعمال أحكامها.

إن طرق البحث فى مجال القانون فى تطور دائم ومستمر ، وهى رغم تعددها ، إلا أنها ليست متعارضة ، بل تتكامل فيما بينها ، لذا فإنه يكون من الأفضل الجمع بينها بهدف الوصول إلى الحقيقة . إن دراسة القانون لم تعد قاصرة على تناول النصوص بطريقة مجردة ، بل امتدت لتشمل احتكاكها بالواقع العملى عبر أحكام القضاء . وتوالت محاولات ربط القانون بالنظم الاجتماعية السائدة وتأسيسه عليها ، وبيان التفاعل المتبادل بين القانون وجوانب الحياة فى الجماعة التى يطبق فيها . ولقد أحرزت طرق البحث تقدماً ملحوظاً فى العصر الحديث بعد استعمال الحاسب الآلى ونظام المعلوماتية فى مجال القانون .

ويمكن اجمال مناهج البحث القانونى فى طائفتين رئيستين : المذهب الشكلى ، والمذهب الاجتماعى .

(أ) المذهب الشكلى :

يتولى المذهب الشكلى دراسة وبحث الظاهرة القانونية من خلال النظر إليها كوحدة ذات كيان مستقل قائم بذاته والاكتفاء بتفسير النصوص على طريقة الشرح على المتون . ويتم ذلك عبر عدة أساليب .

١- المنهج المنطقى : القائم على الاستقراء والاستدلال . إن الصلة وطيدة بين علم المنطق وهذا المنهج . يقوم الاستقراء على التجربة ، حيث يتم استخلاص الحقائق الكلية والمبادئ العامة من دراسة الجزئيات والحالات الفردية

عن طريق المشاهدة والتجربة . ويلعب الاستقراء دوراً حيوياً فى مجال تحديد مفهوم القانون وغاياته أى ما يجب أن يكون عليه عبر قيمة العليا ومثله .

أما الاستنباط فهو عكس الاستقراء ، حيث يتم الانتقال من القاعدة العامة إلى الحالات الفردية الخاصة ، وذلك باللجوء إلى القياس ، أى تعميم الحكم العام على الحالات المتشابهة . ويتم ذلك فى مجال تحليل الظاهرة القانونية ودراسة النظم الوضعية والفكر القانونى .

٢- **التحليل اللغوى :** القائم على بيان مدلول المصطلحات والكلمات ذات الدلالة القانونية ، مثل العقد والملكية والشخصية القانونية والحق . إن تحديد معنى اللفظ يعتمد على طريقة استعماله ومجال هذا الاستعمال .

٣- **الأسلوب الجدلى :** القائم على المحاورة من خلال استعراض الآراء المتباينة بصدد الظاهرة القانونية ومناقشتها وتمحيصها واجراء المفاضلة بينها ، بغية الوصول إلى الحقيقة.

(ب) المنهج الاجتماعى :

إن لوحة الطبيعة كل مترابط ، حيث خلق الله الكون فى ابداع متكامل بكل عناصره من كواكب ومجموعات شمسية ومخلوقات تنسجم بعضها البعض . وكما أن الظواهر الطبيعية تتعانق فيما بينها فى منظومة عالمية ، كذلك الحال بالنسبة إلى الظواهر الاجتماعية ، حيث يعيش الانسان فى مجتمع معين ، ومن ثم يرتبط فكره وأخلاقه وعاداته بظروف ذلك المجتمع وطبيعته وعناصره التى يتفاعل معها . لقد تباينت عقلية الانسان بناء على اختلاف المجتمع الذى يعيش فيه ، طبقاً لتباين ظروف الطبيعة ذاتها ممثلاً تميز مجتمع

الزراع بالرغبة فى الاستقرار لرعاية الزرع ، بينما غلب على مجتمع الرعاة كثرة التنقل سعياً وراء العشب .

ويتطلب كل ذلك قيام الباحث بمعالجة شاملة للظواهر والربط بينها ربطاً عاماً وعالمياً كى يمكن الاحاطة بكافة نواحى الموضوع المطروح للبحث ، والحصول على نتائج سليمة ودقيقة . ويقتضى الربط العالمى للظواهر الربط بين فروع العلم المختلفة .

إن نظم القانون تنبع من ظروف المجتمع ، ومن ثم يتعين على الباحث الكشف عن العلاقة بين القانون ونظمه من جهة ، وبين الظروف الاجتماعية التى نشأ فيها القانون ونبعت منها نظمه من جهة أخرى ، ثم يجتهد فى الربط بين القانون ونظمه وبين فروع النتاج الفكرى الأخرى مثل علم الاجتماع ومبادئ الاقتصاد والتاريخ وعلم النفس الاجتماعى .

إن المجتمع هو الأرض التى تنبت فيها شجرة القانون ، ومن ثم فهى تتأثر حتمًا باختلاف التربة والمناخ وظروف البيئة ، فتتباين الأنظمة القانونية بتباين المجتمعات ، وتتفاعل معها . ولا يمكن النظر إلى القانون كظاهرة شكلية مجردة عن مضمونها والظروف الواقعية للحياة المحيطة بها . بل يتعين التعرف على مضمون القانون وتقييم جوهره كظاهرة اجتماعية من خلال بيان الظروف المادية المصاحبة لظهور القواعد القانونية والعوامل النفسية المتداخلة فى بلورة هذه القواعد .

إن دراسة القانون باعتباره نتاجاً فكرياً تستوجب النظرة الشاملة ومراعاة الارتباط المتبادل بين الظواهر ، ولا ينبغى التمسك بالجانب الشكلى ، والفصل بين مبادئ القانون وواقع الحياة ، والنظر إليه باعتباره وحدة ذات كيان مستقل

قائم بذاته والاكتفاء بتفسير النصوص على طريقة الشرح علي المتون . إن هذا المنهج التجريدى فى البحث القانونى الذى يعزل القانون عن الحياه ، ويضرب صفحًا عن التطوارت التاريخية السابقة والأوضاع الاجتماعية القائمة ، ليس فى استطاعته اجلاء الغموض الذى يكتنف بعض الأنظمة القانونية. لذلك يتعين الاستعانة بالمنهج العلمى فى البحث القانونى ، والربط بين القانون وعلوم الاجتماع والاقتصاد والدين والسياسة ، وتتبع الجذور التاريخية للأنظمة القانونية لدراسة نشأتها ومراحل تطورها . إن الأنظمة القانونية تعكس أوضاع الأزمان التى تنبت فيها وترتبط بالظروف الاجتماعية الملابسة لنشأتها . ومن ثم يجب دراسة القانون من خلال تلك الظروف والدور الذى يقوم به فيها ، ويجب ربط القانون بالاجتماع ، مع الاستعانة بكافة العلوم الاجتماعية ، بما فى ذلك الدراسة التاريخية والتركيز على النظم الاقتصادية والعقائد الدينية .

يتضح من ذلك ان هذا المنهج يرتكن على الدراسة التاريخية من جهة ، حيث يتابع النظم والأفكار القانونية منذ نشأتها ومدى تطورها والمتغيرات التى طرأت عليها ، وهو يقوم فى نفس الوقت على الأسلوب المقارن ، لأن مقارنة قوانين مختلف الشعوب يساعد على القاء نظرة شمولية على القانون كحقيقة انسانية ، وتقسيم القوانين إلى مجموعات متجانسة ، والاستفادة من تجارب الآخرين . واثراء الفكر القانونى .

المبحث الرابع
القانون والعلوم الاجتماعية الأخرى

نعرض فى البداية للعلوم القانونية المساعدة ، ثم نبين الصلة بين القانون والعلوم الاجتماعية الأخرى ، والعلوم الطبيعية من جهة أخرى .

المطلب الأول
العلوم القانونية المساعدة

(أ) علم القانون (القانون الوضعى) :

يقصد بعلم القانون ، فى هذا المجال ، دراسة القانون الوضعى ، ويتمثل فى مجموعة القواعد القانونية المنظمة لسلوك وعلاقات الأشخاص على وجه ملزم فى اقليم دولة معينة ، أى القانون النافذ أو المطبق فى الوقت الراهن فى بلد معين .

فيقال مثلاً علم القانون الوضعى ليقصد به الدراسات التى ينصب موضوعها على القانون المطبق فى مصر فى الوقت الراهن فى شتى فروعه من قانون مدنى أو ادارى أو جنائى أو تجارى ... وغير ذلك من فروع القانون العام والخاص .

ينظر القانون الوضعى إلى القاعدة القانونية فى جانبها العملى أى من خلال تطبيقها اليومى . تتكون القاعدة القانونية من شقين : فرض وحكم . يطبق الحكم فى حالة تحقق الفرض . أو بمعنى آخر تتضمن القاعدة شرطاً أو عدة

شروط إن هى توافرت تحققت نتيجة معينة . فالفرض اذن ظاهرة تحدث فى الواقع ، وهى إن حدثت وجب اعمال الحكم . مثال ذلك القاعدة التى تقضى بأن كل من قتل نفساً عمداً مع سبق الاصرار على ذلك أو التربص يعاقب بالاعدام . فإن الفرض هنا هو حدوث القتل بالشروط المذكورة ، أما الحكم المترتب عليه فهو وجوب عقاب القاتل بالاعدام .

إن الموضوع الأساسى لعلم القانون هو القانون الوضعى متمثلاً فى القواعد القانونية المختلفة المطبقة بالفعل فى الدولة، سواء كانت تشريعًا أو عرفًا . والتشريع هو مصدر القواعد القانونية التى تصدرها سلطات الدولة المختصة . أما العرف فهو مصدر القواعد التلقائية التى يعتاد عليها الناس حتى تصبح مألوفة لهم ويرون أنها ملزمة لهم فى تنظيم روابطهم الاجتماعية .

ويضم علم القانون ، إلى جانب القواعد القانونية ، القضاء والفقه . ويقصد بالقضاء الأحكام التى تصدرها المحاكم تطبيقاً للقانون . فالقضاء هو بمثابة تطبيق فعلى للقواعد العامة المجردة على المشاكل العملية . وهو يمثل أهمية كبيرة لأنه يتولى تفسير النصوص وبيان مدلولها العملى ، بل يقوم أحياناً بانشاء القواعد القانونية عند عدم وجود نص أو حكم يطبق على النزاع المعروض أمامه . أما عن الفقه ، فهو العمل الذى يقوم به أساتذة القانون والمتخصصون فيه لشرح القواعد القانونية وبيان مضمونها وتناولها بالتحليل والنقد من خلال صياغتها وتطبيقاتها القضائية .

(ب) تاريخ القانون :

يتناول علم تاريخ القانون دراسة تطور القانون خلال فترة أو عدة فترات زمنية محددة . فالقواعد القانونية دائمة التغير

والتطور طبقًا لتغير الواقع الاقتصادى والاجتماعى والسياسى للمجتمع . وقد تنصب الدراسة على القانون اجمالاً أو على موضوع أو عدة موضوعات معينة ، كدراسة نظام الأسرة أو المسئولية المدنية فى القانون الرومانى أو القانون الفرنسى القديم أو القانون الفرعونى أو الشريعة الاسلامية .

ولدراسة تاريخ القانون أهمية بالغة من عدة نواح . فهى تساعد على فهم النظم القانونية المعاصرة لأنها وليدة العصور السابقة وامتداد لها ، ونظم الماضى تعتبر الجذور الأولى لنظم الحاضر . ومن ثم فإن دراسة القواعد السابقة من شأنه القاء الضوء على القواعد الحالية . لذا فإن العديد من قواعد الالتزامات فى القانون المصرى لا يمكن فهمها بوضوح إلا بالرجوع إلى القانون الرومانى . وهناك الكثير من أحكام القانون المدنى مثل الشفعة ومضار الجوار والتعسف فى استعمال الحق ، التى يسهل فهمها من خلال الرجوع إلى المصدر الذى أخذت منه الا وهو الشريعة الاسلامية .

وتساعد دراسة تاريخ القانون على تبين الأسس والمبادئ التى تحكم تطور القانون ، أى معرفة حركة تطور القواعد القانونية ، وقد يساعد ذلك على ادراك ما سيكون عليه حال القانون أى توقع حركته فى المستقبل . كما أنه يعطى نظرة شاملة أمام المشرع الراغب فى وضع القانون أو تعديله ، حيث يجرى ذلك على ضوء تجارب الماضى . فالسياسة التشريعية لا تكون ناجحة إلا إذا أخذت فى اعتبارها المبادئ التى تحكم التطور العام للقانون وبصفة خاصة فى البلد المطبق فيه .

وتلعب دراسة تاريخ القانون دوراً هامًا فى استخلاص مبادئ العدالة التى يستلهمها المشرع عند وضع التشريع من

جهة ، والتى يطبقها القاضى على المنازعات المعروضة إذا لم يجد لها حكمًا فى القانون من جهة أخرى . فلا شك أن استقراء التطور التاريخى للحلول التى طرحت بمناسبة مشاكل مماثلة يعين كل من المشرع والقضاء على ايجاد الأحكام التى تستند إلى مبادئ العدالة .

(جـ) القانون المقارن :

القانون المقارن هو العلم الذى يتناول بالدراسة المقارنة نظامين قانونيين أو أكثر بصدد موضوع أو مشكلة معينة بهدف استخلاص أوجه التشابه والاختلاف بينها ، أو بقصد ابراز المفاهيم والأفكار وأساليب الصياغة القانونية ، والوقوف على العوامل والمؤثرات التى جعلت لكل شريعة طابعها المميز وسماتها الخاصة .

ويوجد فى العالم مجموعة من النظم القانونية systémes juridiques الرئيسية ، مثل الشريعة اللاتينية ، والشريعة الانجلو سكسونية ، والشريعة الجرمانية . وتضم كل منها مجموعة من القوانين . فالشريعة اللاتينية ، مثلاً ، تضم القانون الفرنسى والدول المتأثرة به . ويمكن أن ترد المقارنة على موضوع معين كالمسئولية المدنية فى كل من القانون المصرى والألمانى والانجليزى . وتشمل المقارنة النصوص القانونية والتطبيقات القضائية والأعمال الفقهية .

ولدراسة القانون المقارن أهمية بالغة بالنسبة لكل من المشرع والفقه والقضاء . إذا أراد المشرع اصدار قانون لتنظيم مسألة معينة يمكنه الاستفادة بالحلول التى تبنتها التشريعات الأجنبية بصدد نفس المشكلة مع اضفاء الطابع الوطنى المناسب على تلك الحلول . ويلجأ الفقه ، بصدد دراسة القانون الوطنى ، إلى الاستعانة بالأفكار والنظريات

الأجنبية وطرق الصياغة فيها لتفسير النص الغامض وبيان أوجه النقض فيه وكيفية تلافيها . فالتجارب السابقة للبلاد الأخرى تساعد غالبًا على اختيار الأساليب والطرق الأفضل لمواجهة المشاكل المعروضة . ويلتزم القاضى ، فى الأصل ، بتطبيق القانون الوطنى فقط ، إلا أنه ، عند غياب النص أو غموضه ، يلجأ أحياناً للاستفادة بالحلول القضائية الأجنبية بصدد نفس المشكلة . ولا يخفى علينا تأثر محكمة النقض المصرية ، أحيانًا ، بالمبادئ التى أرستها محكمة النقض الفرنسية ، وتأثر المحكمة الدستورية العليا ببعض المبادئ القضائية فى أمريكا .

(د) فلسفة القانون :

إن موضوع علم فلسفة القانون هو تحديد أصول القانون الكلية ورسم غاياته . ترمى فلسفة القانون إلى بيان أسسه العامة وأهدافه والمبادئ والأفكار المؤثرة فيه ، وهى تتناول القانون كحقيقة عالمية دون التقيد بقانون وطنى معين أو بفرع معين أو بموضوع أو بمجموعة معينة من القواعد ، فهى تنظر إلى القانون نظرة شمولية ، لذا فإنها تستفيد كثيراً من القانون المقارن الذى يمدها بالتجارب الانسانية الخصبة فى مجال القانون ، والتى يمكن أن نستخلص منها أصل القانون والغاية التى يجب السعى لتحقيقها . ولا تقتصر فلسفة القانون على ما يمكن استخلاصه من القانون الوضعى فى العالم المعاصر فقط ، بل تمتد بأبحاثها عبر أجيال متعاقبة من الزمان . ومن ثم فهى تستعين كذلك بتاريخ القانون . وتتأثر فلسفة القانون أيضاً بكافة الاتجاهات والنظريات والأفكار الفلسفية التى تسود الفكر الانسانى .

يتضح من ذلك أن هذا العلم يعنى بدراسة القانون فى

جوانبه العالمية ونواحيه العامة ، بغض النظر عن ذاتية كل قانون وطنى أو خصائص كل فرع من فروع القانون المختلفة . إن فلسفة القانون تشمل كل ما هو مشترك بين كافة النظم القانونية ، لأن القانون ، فى حقيقة الأمر ، ظاهرة عالمية لازمت الانسانية ، حتى لو تعددت أشكاله . ومظاهره وتفاوتت معانيه ومضامينه حسب الأزمان والبلدان . وهى محاولة لدراسة القانون دراسة عقلية ، وصياغة نظرية عامة للنظام القانونى من أجل الوفاء بحاجات فترة معينة من التطور ، فهى تلعب دوراً أساسياً فى تقدم القانون وتطوره .

إن التعرف على القانون فى كلياته المنطقية أى معرفة العناصر المشتركة لكل النظم القانونية ، يستوجب السمو فوق خصوصيات هذه النظم ، ومد نطاق البحث للوصول للمفهوم العالمى للقانون كظاهرة انسانية صاحبت الانسان منذ وجوده وتلعب دوراً أساسياً فى تنظيم كافة جوانب حياته. ويقتضى ذلك تحديد مفهوم القانون والتعريف به ، وبيان علاقته بغيره من قواعد السلوك . كالأخلاق والدين ، والقاء الضوء على المفاهيم التى تتصل بالقانون ومصادره وعلاقاته والشخصية القانونية .

وتنصب الدراسة على ميلاد الظاهرة القانونية . إن معرفة العوامل والظروف المؤدية إلى صدور تشريع أو ميلاد عرف لا يكفى لبيان أساس القانون كظاهرة عالمية مرتبطة بوجود الانسان على ظهر الأرض ، بل يتعين الالمام بتاريخ قانون البشرية ، ورسم لوحة متكاملة لحياة النظم القانونية عبر نشأتها وتطورها ، وبيان ما قد يوجد بينها من تطابق أو تشابه .

ولا يخفى أهمية الدور الذى تقوم به فلسفة القانون بالنسبة للباحثين من جهة والنشاط التشريعى من جهة

اخرى . فهى تساعد على ايجاد الربط والتكامل بين أجزاء القانون وفروعه ، وايضاح الغموض الذى قد يكتنف بعض جوانب القانون الوضعى من خلال النظرة الشمولية لأسس القانون وأهدافه الكلية . وتؤثر فلسفة القانون مباشرة على الأعمال التشريعية المتكاملة مثل اعداد التقنينات .

(هـ) علم الاجتماع القانونى :

ينصب علم الاجتماع على وصف المجتمع ويأخذ فى اعتباره كل الوقائع التى تسهم فى تكوين المجتمعات والتأثير فيها ، بما فى ذلك التطور التاريخى والقواعد القانونية منظوراً إليها كمجرد وقائع تؤثر فى المجتمع .

أما علم الاجتماع القانونى فهو أحد فروع علم الاجتماع أو تطبيق خاص له فى مجال القانون ، حيث يهتم بدراسة الظواهر القانونية . فهو لا يتناول القانون كمجموعة من القواعد بل كظاهرة اجتماعية من ناحية فاعليتها وأسبابها وأثارها . فهذا العلم يدرس القانون باعتباره نتاج العوامل والظروف الاجتماعية ، ومدى تأثيره فى البنيان الاجتماعى والاقتصادى والسياسى للدولة . يتناول علم الاجتماع القانونى الحياة الحقيقية للقانون وللأنظمة القانونية المختلفة والأثر المتبادل بين القانون وبين عناصر الواقع بجوانبه الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والحضارية .

وتبدو فائدة علم الاجتماع القانونى من ناحيتين :

أولاً : يعتبر هذا العلم عوناً هاماً للمشرع بصدد اعداد التشريعات أو تعديلها . إن المعلومات التى يقدمها علم الاجتماع القانونى للمشرع تكشف له الواقع الاجتماعى ومتطلباته وأنسب الوسائل للتعامل معه . فلابد من الربط والمواءمة بين القواعد القانونية والبيئة التى توضع من أجلها .

ولا يعنى ذلك خضوع أحكام القانون للميول السائدة فى الجماعة بصفة دائمة ، بل يلجأ المشرع أحياناً إلى وضع بعض القواعد الكفيلة بتقويم مظاهر الانحراف فى السلوك الاجتماعى ، كوضع العقوبات الرادعة لمقاومة ظاهرة تفشى الغش التجارى أو ظاهرة تعاطى المخدرات .

وكثيراً ما تأتى النصوص القانونية استجابة لظواهر اجتماعية معينة . فظاهرة زيادة السكان تدفع المشرع إلى وضع القواعد التى من شأنها تحديد النسل ، كعدم استفادة الأسرة من المعونات الاجتماعية بعد انجاب الطفل الثالث مثلاً. ووضع القواعد التى تحد من اكتساب الأجنبى جنسية البلد . والعكس صحيح فى حالة ظاهرة نقص السكان .

ثانياً : يساعد علم الاجتماع القانونى فى التعرف على مدى فعالية القانون ، ومدى تطبيق القاعدة القانونية ونجاحها فى الواقع العملى ، وذلك من خلال دراسة موقف الرأى العام ، ورد فعل الأوساط الاجتماعية فى مواجهة القانون ، والقوى الضاغطة وراء اصداره ، والعوامل التى تعرقل تنفيذه، والاتجاهات التى تسيطر على تفكير القضاء والقيم التى يستلهمها. ولاشك أن الالمام بهذه الأمور يعد ضرورة لوضع سياسة تشريعية حقيقية وواقعية .

فمثلاً يحظر القانون البناء على الأرض الزراعية ويضع عقوبة شديدة لهذا الغرض ، ويكشف الواقع على عدم فاعلية هذه النصوص وعدم تطبيقها . ونفس الحكم بالنسبة لقانون تنظيم البناء حيث نجد الكثير من المبانى التى لا تلتزم بأحكامه . لعل الدراسة الواقعية للمشكلة من خلال علم الاجتماعى القانونى تساعد فى القاء الضوء عليها .

المطلب الثانى

الصلة بين القانون والعلوم الاجتماعية الأخرى

إن موضوع القانون هو تنظيم حياة الانسان فى الجماعة . ويقتضى ذلك معرفة الانسان والمجتمع . فالقانون هو أحد العلوم الانسانية الاجتماعية ، لذا فإنه يرتبط بالعلوم الاجتماعية الأخرى .

(أ) القانون والاقتصاد :

إن موضوع علم الاقتصاد هو الثروة ، حيث يتناول النظم التى تحكم النشاط الاقتصادى فى كافة مظاهره من انتاج وتوزيع واستهلاك . ويهدف الاقتصاد إلى وصف وتحليل وتوقع الظواهر الاقتصادية . أما القانون فيضع القواعد التى تحكم الحصول على الثروة ونقلها بالاضافة إلى أمور أخرى عديدة كالأسرة والجريمة والادارة .

يوجد ، مع ذلك ، ترابط قوى بين القانون والاقتصاد . فالقانون لابد وأن يضع فى اعتباره الواقع الاقتصادى ويعبر عنه ، ولابد للاقتصاد من مراعاة الاطار القانونى . وهناك تأثير متبادل بين القانون والاقتصاد ، مما أدى إلى ظهور فرع جديد يسمى بالقانون الاقتصادى يتناول القواعد القانونية التى تحكم النشاط الاقتصادى . إن الصلة القوية بين علم القانون وعلم الاقتصاد ترجع إلى أن كلاً منهما قد تفرع عن علم أعم هو علم الاجتماع . إن القانون الوضعى يعد ترجمة صادقة للظواهر الاقتصادية ، ويظل القانون فى حالة تغير مستمر لمواكبة تلك الظواهر .

يتدخل القانون لتنظيم الانتاج والاستهلاك وتوزيع الثروة من خلال وضع قواعد لرفع الأجور وفرض الضرائب وتحديد

الأسعار ويتأثر القانون بحجم النشاط الاقتصادى حيث يتدخل لمواجهته وتنظيمه . فإذا زادت فرص الاستثمار فإن المشرع يصدر قانوناً لتشجيعه وتنظيمه بعد دراسة الواقع الاقتصادى.

(ب) القانون والسياسة :

ينصب جانب من قواعد القانون على النظام السياسى ، حيث تتناول تنظيم شئون الحكم فى الدولة من خلال بيان شكل الحكم وتنظيم السلطات العامة وطبيعة الدستور والحريات العامة وأساليب الانتخاب .

وتتأثر قواعد القانون تأثراً واضحًا بطبيعة النظام السياسى القائم ، حيث تؤثر فلسفة الحكم على القوعد المنظمة للادارة والملكية والتعاقد ، بل أن القانون كثيراً ما يُستخدم كأسلوب لتحقيق أهداف الحكم وأنظمته .

(جـ) القانون والفلسفة :

الفلسفة دراسة نظرية تتناول الجانب النفسى للانسان ، ومُثله وأخلاقياته وطريقة تفكيره ، ويدخل فى ذلك فلسفة الأخلاق والمنطق وعلم النفس والميتافيزقيا (ما وراء الطبيعة) . كانت الفلسفة القديمة تتسع لتشمل كل ميادين المعرفة الانسانية ، فهى نظرة شاملة على الحياة . وكلمة فلسفة عند الاغريق تعنى فى الأصل « البحث عن الحكمة » أو « علم معرفة الحقيقة » . ولكن مجال الفلسفة انحسر فى العصر الحديث ، فلم يعد لها سوى المسائل التى تخرج عن التحديد العلمى ، وما يختص بالنفس أو الروح البشرية وما يجب أن يكون ، وبقيت الفلسفة تتجه نحو الشمول . إن دور الفلسفة ليس هو تغيير الكون ، بل توجيهه وارشاده على حسن الفهم والادراك .

أما القانون فلا يقتصر على النظريات ، بل يرمى إلى

ايجاد الحلول المناسبة للمشاكل العملية فى المجتمع ، فهو علم يهتم بالتطبيق العملى وكيفية تحقيقه . وبالرغم من ذلك فإن هناك صلة قوية بين القانون والفلسفة من عدة وجوه :

– إن القانون الناجح هو الذى يتوخى فى صياغته وتطبيقه المثل العليا والمبادئ العامة للأخلاق ، والمنطق الذى يلعب دوراً هامًا فى تفسير القانون وفهمه حيث يتم اللجوء إلى قواعد القياس فى كثير من الحالات .

– يهتم القانون بدراسة نفسية الانسان لوضع القواعد الملاءمة له . فقانون العقوبات يقرر الاعفاء من المسئولية فى حالة اصابة المتهم بجنون أو عاهة فى العقل تفقده الشعور والاختيار وقت ارتكاب الجريمة . وتستبدل العقوبة بتدابير احترازية لوقاية المجتمع من خطورة المتهم ، كحجزه فى مكان معد للأمراض العقلية ، هنا يقوم علم النفس بدور التحقق من حالة المتهم واختيار التدبير الملائم لحالته وعلاجه وذلك بالاشتراك مع طب الأمراض العقلية .

– يلعب علم النفس دوراً هامًا فى مجال تطبيق القانون بوجه عام . يستعين القاضى ، مثلاً ، بعلم النفس القضائى الذى يتناول سيكولوجية الشهادة التى يدلى بها أحد الشهود فى النزاع المعروض أمامه . واستخلاص نية القاتل فى جريمة القتل العمد مع سبق الاصرار .

المطلب الثالث

القانون والعلوم الطبيعية

إن القانون من العلوم الواقعية ، حيث يرتبط ، فى نشأته وفى تطبيقه ، بالبيئة والواقع بكل أبعاده . فالقانون يتغلغل فى كل جوانب الحياة . لذا فإن كل شخص ، فى غير مجال

القانون ، يكون فى حاجة ماسة لمعرفة الاطار القانونى الذى يحكم نشاطه . فالتاجر يحتاج للالمام بالمبادئ العامة التى تحكم النشاط التجارى متمثلاً فى الشركات وعمليات البنوك والأوراق التجارية ، ويحتاج الطبيب لمعرفة مسئوليته الطبية ، ويحتاج المهندس لمعرفة مسئوليته المعمارية وقانون التنظيم والبناء ، وهكذا .

ورجل القانون لا يحتاج فقط إلى الالمام بالعلوم الانسانية بل يحتاج لمعرفة بعض العلوم الطبيعية والمسائل التجريبية والحقائق العلمية البحتة . وتكمن أهمية تلك المعرفة فى كافة جوانب النشاط القانونى ، سواء تعلق الأمر بالتشريع أم بالقضاء أم بالفقه . فالقانون لابد وأن يضع فى حسبانه كل مظاهر وأسباب التقدم العلمى فى كافة المجالات . يؤثر هذا التقدم تأثيراً مباشراً على النظام القانونى .

يؤدى التقدم العلمى إلى تغيير جوهر وظروف الحياة الانسانية ، وخلق حاجات ومشاكل جديدة تستوجب تطور القانون لمواجهتها والتعامل معها . أدى ظهور السيارات والآلات المعقدة والكيماويات والمواد المشعة وما صحب ذلك من مخاطر على حياة الانسان إلى وجوب تطوير قواعد المسئولية المدنية . وأدى تقدم زراعة الأعضاء البشرية وظهور الحاسبات الالكترونية وأدوات التجسس عن بعد إلى ضرورة تدخل المشرع لتنظيم هذه المسائل على نحو يقيم التوازن بين حرمة الحياة وبين الأخذ بأسباب التقدم .

ومن جهة أخرى فإن التقدم العلمى يلعب دوراً هامًا فى فهم القانون وتطبيقه . فتعريف الموت قانوناً يتوقف على تحديد اللحظة التى تنتهى فيها حياة الانسان من الناحية الطبية ، وهل هى لحظة توقف القلب أم توقف خلايا المخ .

ويلعب الطب الشرعى دوراً هاماً فى اثبات الجرائم من خلال تحليل البصمات والدم ، وفى مجال اثبات النسب .

المبحث الخامس
نشـــأة القانــون

إن ظهور القانون ارتبط بملامح تطور المجتمعات البشرية عبر وسائل تعيشها وكسب قوتها من جهة ، وتوالى نظمها من جهة أخرى . إن المجتمع البشرى قد تراوح بين مراحل الالتقاط والصيد والرعى والزراعة والصناعة والتجارة . وقد تطورت النظم من الرق إلى الاقطاع إلى الرأسمالية فالاشتراكية ، ثم الردة إلى الرأسمالية والوسطية التى تميزت بها الشريعة الاسلامية .

(أ) لعل الصورة البدائية لحياة الانسان تمثلت فى جماعات الالتقاط حيث يعيش الفرد على جمع القوت وقطف الثمار والصيد البسيط ، وتفتت البشرية فى تجمعات صغيرة هى البطن أو الفخذ أو العشيرة . وقد اتسمت تلك المرحلة بعدم وجود المال والملكية والسلطة ، وسادت فكرة التابو للدلالة على التحريم لدى الجماعات البدائية ، ويتكون مضمونه من عدة نواهى تتعلق بالحياة اليومية ذات عقوبة غيبية بيد قوى خارقة للطبيعة هى الأرواح . ويستقى التابو مضمونه من ظروف المجتمع ، ويترتب عليه نجاسة الشئ وتلويث مرتكب المنكر ويتجنبه افراد الجماعة ، فيعيش غريباً منبوذاً . أى أن مصير الجانى فى مجتمع الالتقاط كان الانعزال .

وقد تتخذ الوحدة الاجتماعية شكل العشيرة حيث توجد بين أعضاءها رابطة قرابة . وإذا حدث اعتداء من خارج العشيرة ، فإنها تثأر لنفسها بالانتقام من عشيرة الجانى ،

وكانت المسئولية تضامنية بين أعضاء كل عشيرة . وكان الثأر هو الجزاء الوحيد كوسيلة لحفظ الجماعة ، وكان يمتد لعدة أجيال ويعرقل الحياة ، ويهدد كيانها ، مما أدى إلى ظهور مفاوضات الصلح حقناً للدماء وتبنى قاعدة القصاص والمعاملة بالمثل فى بعض الحالات .

يتضح من ذلك أنه لم تكن هناك سلطة مركزية فى مجتمع الالتقاط والصيد تصدر قواعد ملزمة تسهر على تنفيذها بواسطة أجهزة القهر والجبر ، لذا سادت أعراف قبلية قائمة على التابو داخل العشيرة .

(ب) بدأ ظهور القانون لأول مرة فى مجتمعى الرعى والزراعة ، حيث تأصل النظام القبلى فى البداية ، ثم تقلص بعد ذلك ليحل محله نظام الحكم القائم على وجود سلطة مركزية . فقد كان لظهور ثروة رءوس الماشية فى مجتمع الرعى أثرها البالغ فى تطور النظم الاجتماعية وظهور القواعد القانونية لحماية تلك الملكية الخاصة ونظام العمل والزواج وما يقتضيه من تقديم مهر ، وتأكدت تلك الملكية بحيازة الأرض وزراعتها والاستئثار بمحصولها .

وتعين حماية الثروة بتجريم سرقتها والاستيلاء عليها واختلاسها ، وظهرت فكرة الدية بدلاً من الثأر ، حيث تكونت من عدد من الأبقار أو الأغنام أو الابل يتفاوت بحسب حالة القتيل ، أى تختلف وفقاً للمركز الاجتماعى للشخص المقتول ، ويتعاون أعضاء العشيرة فى جمعها وتسليمها إلى عشيرة القتيل .

وعندما اكتشف الانسان المحراث ، استأثر برقعة معينة من الأرض لزراعتها ، وتبلورت مع الزمن فكرة الملكية الخاصة للأرض . وظهرت الأسرة الأبوية لتحل محل البطون

المشاعية . وقد بدأ التطور بتوزيع مؤقت للحيازة بما يصحبه من استئثار بالمحصول ، ثم تحول إلى حيازة ثابتة للأرض لمدة محددة ، ثم إلى حيازة دائمة انقلبت بعد ذلك إلى ملكية .

(جـ) تولد عن الملكية الخاصة للأرض والماشية وظهور الزراعة والصناعة البدائية حاجة الملاك إلى الأيدى العاملة ، فعمدت القبائل المنتصرة فى الحروب إلى استرقاق الأسرى للانتفاع بجهودهم فى العمل والانتاج ، وهكذا ظهرت طبقة الأحرار وطبقة الارقاء . كما برز الاشراف من بين أكثر الناس نفوذاً فى المجتمع القبلى وهم أولئك الذين كانوا يملكون المال من الماشية والرقيق والأراضى الزراعية والمعادن النفيسة .

أدت الحاجة لتنظيم الجهود فى الحرب ، لتحقيق الغزو والفتح أو صد الأعداء والزود عن الأموال ، إلى دخول القبائل فى اتحادات وأحلاف . وكان زعماء العشائر القوية ، وهم الأشراف يتخذون كافة القرارات فى مجلس الشيوخ حتى استطاعوا الهيمنة على مقاليد الأمور فى الاتحاد . واهتزت المساواة الاجتماعية بين البشر من عدة وجوه : هيمن الرجل على الثروة دون المرأة ، وسيطر الأشراف دون العامة على الحكم ، وإنتشر الرق ، وتبلور الكهنوت تدريجياً واحتل مكانة اجتماعية هامة .

لذلك اتسم القانون بالطابع الطبقى لأن القانون فى كل المجتمعات يستمد أصوله من كيانها ويتفق مع ظروفها ، ويسعى ، كقاعدة عامة ، إلى هدف واحد هو تأمين المصالح الغالبة فى المجتمع . وبدا ذلك بوضوح فى عصر ملوك الحق الالهى واقطاع القرون الوسطى ، حيث اصطبغ القانون بالطابع الطبقى بالنسبة لمفهوم الجريمة والعقاب ، وعظمت جرائم الاعتداء على الكهنة والسادة وأموالهم ، وكذلك جرائم

الاعتداء على الحاكم بأمر الله للحفاظ على هيبته والابقاء على عرشه .

(د) جاء الاسلام ليضع حداً لتلك الطبقية وقرر المساواة بين سائر البشر أمام الله جل جلاله وأعاد للمرأة مكانتها الانسانية وفتح باب تحرير الرق ووضع القواعد الشرعية المستمدة من الوحى الالهى القائمة على اعتبارات العدالة والاخاء والتقوى ، وقامت الدولة الاسلامية على تلك الأسس بوضوح فى عهد الخلفاء الراشدين وعمر بن عبد العزيز .

الفصل الثانى

خصائص القاعدة القانونية

القانون هو مجموعة القواعد التى تنظم سلوك الأفراد فى الجماعة ، وتعمل السلطة العامة على تطبيق هذه القواعد من خلال توقيع الجزاء على من يخالفها .

ومن هذا التعريف يمكن لنا استخلاص أهم الخصائص التى تميز القاعدة القانونية régle de droit وهى :

أولاً : قاعدة سلوك اجتماعى .

ثانياً : تتسم بالعمومية والتجريد .

ثالثاً : تكون مصحوبة بجزاء مادى .

ونعرض لتلك الخصائص فى المباحث التالية على التوالى ثم ندرس الصلة بين القواعد القانونية وسائر القواعد الاجتماعية الأخرى .

المبحث الأول

القاعدة القانونية قاعدة سلوك إجتماعى

تنظم القاعدة القانونية السلوك الخارجى للانسان من جهة ، وتفرض السلوم الواجب من جهة أخرى ، وتتسم بالطابع الاجتماعى من جهة ثالثة :

(أ) القانون يوجه السلوك الخارجى للانسان :

يقوم القانون بتنظيم سلوك الأفراد فى الجماعة ،

فالقاعدة القانونية قاعدة سلوكية ، بمعنى أنها تنصب على الاهتمام بسلوك الانسان أى بعمله الظاهر ، ولا تهتم بالاعتقاد والنية والمشاعر والأحاسيس الداخلية أو النوايا .

فالقانون ظاهرة اجتماعية لا يهتم إلا بما يظهر فى المجتمع من أفعال الجوارح ، أى بالسلوك الخارجي للانسان، أما الظواهر الداخلية أو ما يدور فى الأعماق من مشاعر ونوايا وأحاسيس مثل الحقد والكراهية ، فلا يهتم بها القانون إلا إذا كانت وراء تصرف خارجى ، كالسرقة أو القتل ، فهنا يعتد القانون بالنية كعامل تشديد أو تخفيف للعقوبة . وهذا ما يميز القانون عن الأخلاق والدين حيث يعتدان بالنوايا والمقاصد .

فمن يضمر الحقد والكراهية لشخص ما أو ينوى سرقته أو قتله ، وظلت تلك الأحاسيس والنوايا كامنة بداخله دون أن تظهر إلى الحيز الخارجى بأى وسيلة من وسائل التعبير ، فإن القانون لا يلقى اهتماماً بها ، أما إذا قام هذا الشخص بايذاء الشخص الآخر بدنيًا أو ماليًا فإن القانون يتدخل ليعاقبه على ما صدر عنه من سلوك محل تجريم .

ويهتم القانون أحياناً بالنوايا والبواعث الكامنة بالنفس إذا صاحبت السلوك الخارجى وكانت على صلة به ، فعقوبة القاتل المتعمد تختلف عن عقوبة القتل الخطأ . ويلعب حسن أو سوء النية دوراً هاماً فى ترتيب الآثار القانونية فى كثير من الحالات ، مثل مدى اعتبار الشخص الذى يحوز ملك الغير غاصبًا أم حائزًا قانونيًا ، ومقدار التعويض الذى يحكم به القاضى فى حالات المسئولية .

(ب) القانون يفرض السلوك الواجب :

تعتبر قوانين الطبيعة تقريرية أى تقتصر على تقرير

وتحليل ما هو كائن ، أى ما يحدث بالفعل ، مثل قانون الجاذبية أو قانون غليان الماء بالتسخين ، فقانون الطبيعة يعتبر قانون علمى يتضمن قواعد تقريرية تقرر الواقع كما هو دون أن تحاول احداث أى تغيير فيه أو تأثير عليه ، وهى تكشف عن العلاقة المطردة بين ظاهرتين احداهما سبب والأخرى نتيجة له ، ففى كل مرة يوجد السبب تتحقق النتيجة ، فالماء يغلى إذا ارتفعت درجة حرارته .

أما قواعد القانون فتعتبر ذات طبيعة تقويمية ، وذلك لأنها تنصب على سلوك الانسان وتبين ما ينبغى أن يكون عليه هذا السلوك ، فهى تخاطب الارادة بهدف تكليفها بالسلوك الواجب اتباعه . فالقانون يضع قواعد سلوك تقويمية أى تهتم بتوجيه سلوك الانسان وجهة معينة وفق قيم ومثل عليا يستهدفها ، ويتمثل ذلك فى توجيه أمر أو تكليف للارادة بأن يتطابق سلوكها على مقتضى الأمر الصادر إليها . وعندما يفرض القانون على الأفراد السلوك الواجب فإن ذلك يحمل معنى الالزام والخضوع له ، أى أنه يتضمن تكليفاً بالسلوك الواجب.

وهناك قواعد أخرى – غير القانون – تحكم سلوك الانسان ، مثل قواعد الأخلاق والعادات والمجاملات ، وقواعد الدين . فهذه القواعد تشترك مع القانون فى أنها ذات طبيعة تقويمية ، توجه سلوك الانسان إلى ما ينبغى أن يكون عليه داخل الجماعة ، ومن ثم فهى قواعد اجتماعية ترمى إلى اقامة النظام والاستقرار فى المجتمع ، إلا أن هناك بعض الفروق بين هذه القواعد وقواعد القانون سنعرض لها حالاً .

(جـ) الحكم التكليفى والحكم الوضعى :

يتضمن القانون فى الغالب تكليفاً بالسلوك الواجب ،

ويتضمن أحياناً حكماً وضعياً :

١ - **والحكم التكليفى** قد يأمر الشخص بفعل معين كوجوب وفاء المدين بالدين عند حلول الأجل ، وقد ينهاه من عمل معين كوجوب امتناع البائع عن التعرض للمشترى بالنسبة للشئ المبيع ، وقد يخيره بين القيام بالفعل أو تركه كحرية المالك فى تحويط ملكه من عدمه.

يتضح من ذلك أن الحكم التكليفى يقصد به إما طلب فعل معين من المكلف ، وإما نهيه عنه ، وإما تخييره بين فعل الشئ والكف عنه . فالقاعدة القانونية التى تتضمن حكماً تكليفياً تعتبر ذات طبيعة تقويمية ، ويأخذ الحكم أحد صور ثلاثة : الأمر بفعل معين . مثال ذلك المادة ٥٨٦ مدنى التى تقضى بأنه يجب على المستأجر أن يقوم بوفاء الأجرة فى المواعيد المتفق عليها . وقد يتمثل الحكم فى نهى الشخص عن القيام بعمل معين . مثال ذلك المادة ٥٨٠ مدنى التى تقضى بأنه لا يجوز للمستأجر أن يحدث بالعين المؤجرة تغييراً بدون إذن المؤجر إلا إذا كان هذا التغيير لا ينشأ عنه أى ضرر للمؤجر . وقد يتمثل الحكم فى تخيير الشخص بين القيام بالفعل أو تركه . مثال ذلك المادة ٥٨١ مدنى التى تقضى بأنه يجوز للمستأجر أن يضع بالعين المؤجرة أجهزة لتوصيل المياة والكهرباء والغاز والتليفون والراديو وما إلى ذلك .... .

٢ - أما **الحكم الوضعى** فيتضمن ترتيب أثر محدد نتيجة لتحقق فرض معين ، أى يجعل من أمر سبباً لأمر آخر ، أو شرطاً له أو مانعاً منه ، فالقرابة تكون سبباً للميراث ، وموت المورث شرطاً لاستحقاق الميراث ، وقتل الوارث للمورث يعد مانعاً من الارث .

فالحكم الوضعى لا يتضمن بذاته تكليفاً من الأصل ،

وإنما يرتب على قيام فرض ما تحقق أثر معين خارج دائرة السلوك الانسانى أو مع اجتماع هذا السلوك ، فهو حكم يعبر عن علاقة موضوعية بحتة بين وجود الفرض وبين أثر قانونى محدد . هذا الفرض قد يتمثل فى السلوك الانسانى أو أى حدث آخر من أحداث العالم . يتضح من ذلك أن الحكم الوضعى لا يقتصر على مواجهة سلوك الانسان ، وإنما يواجه ما يحدث من الأمور الأخرى التى يمكن أن يكون لها تأثير على هذا السلوك .

إن الحكم الوضعى يعبر عن علاقة اللزوم التى يقيمها المشرع بين أمر معين وبين ما ينسب إليه من أمور . فقد يجعل المشرع أمراً ما سبباً لأمر آخر . مثال ذلك المادة ٨٧٠ مدنى التى تقضى بأن من وضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه ملكه ، فوضع اليد على المنقول الذى لا مالك له بنية التملك يكون سبباً للملك . وقد يجعل المشرع أمراً معيناً شرطًا لأمر آخر . مثال ذلك المادة ٦٠ من قانون الاثبات التى تقضى بأنه فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على خمسمائة جنيه ... فلا تجوز شهادة الشهود فى اثبات وجوده أو انقضائه . فشرط الاثبات بشهادة الشهود هو أن تقل قيمة التصرف عن خمسمائة جنيه . وقد يجعل المشرع أمراً معيناً مانعاً من أمر آخر . مثال ذلك المادة ٢٣١ مدنى التى تقضى بأن التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضائه . فوجود الانسان على قيد الحياة يعد مانعًا من التعامل فى تركته .

يتضح مما سبق أن القاعدة القانونية قد تتضمن حكماً تكليفياً ، وقد تتضمن حكماً وضعيًا ، وقد تتضمن الحكمين معًا ، إلا أن ذلك قاصر على الحالات التى تتعلق بفعل

الانسان ، فالسرقة محل لحكم تكليفى هو النهى ، وهى فى ذات الوقت محل لحكم وضعى من حيث كونها سبباً للعقاب.

(د) الطابع الاجتماعى للقاعدة القانونية :

القانون يرتبط بوجود الجماعة ، فوجود الانسان داخل المجتمع هو الذى يحتم ظهور القانون ، حيث ينظم علاقة الفرد بغيره ، ويوفق بين المصالح المتضاربة ، ومن ثم فإن القانون لا يوجد إلا حيث يوجد مجتمع بشرى . فالفرد الذى يوجد وحيداً ، كفرض نظرى ، لا يكون بحاجة إلى القانون ، حيث لا تكون له علاقات بالآخرين تستدعى التنظيم .

والقانون لا يوجد فى أى مجتمع انسانى ، بل يلزم أن نكون بصدد مجتمع سياسى منظم يفترض وجود سلطة عليا ذات سيادة ، تعمل على فرض القانون واحترام تطبيقه حتى يسود الأمن والاستقرار .

والمجتمع السياسى اللازم لوجود القانون ليس بالضرورة هو الدولة فى شكلها الحديث ، بل يتحقق ذلك فى الأسرة البدائية والقبيلة أو العشيرة ، حيث توجد بها سلطة حاكمة تسيطر على أفرادها ، فالقانون هو وليد البيئة الاجتماعية كضرورة لتنظيمها ، وهو فى نفس الوقت تعبير صادق عن واقعها الاقتصادى والاجتماعى حيث يتفاعل مع هذا الواقع ويتطور بتطوره ، لذا فالقانون يتغير من بيئة إلى أخرى ومن زمان لآخر بحسب اختلاف الظروف وتغيرها .

وكان من شأن ارتباط القانون بالمجتمع توثيق صلته بالعلوم الاجتماعية الأخرى ، ويتفاعل مع تلك العلوم ويستفيد منها فى مواجهة الظواهر المختلفة التى يرمى إلى تنظيمها . فالقانون عندما ينظم أداة الحكم يتصل بعلم السياسة ، وهو يتصل بعلم الاقتصاد عند تنظيمه للروابط

الاقتصادية ، ويتصل بعلم النفس وعلم الاجتماع عند تحديد السلوك المجرم والجزاء المتفق مع نفسية المجرم وسلوكه . ويتصل بعلم التاريخ عند دراسة الأنظمة القانونية السابقة والاستفادة منها ، وهو يستفيد أيضاً من علم الأخلاق كمنبع يستهدى منه قواعده .

المبحث الثانى

القاعدة القانونية عامة ومجردة

نعرض لصفة العمومية والتجريد ثم نبين نطاقها وعلاقتها بمرونة القاعدة القانونية .

المطلب الأول

مفهوم العمومية والتجريد

(أ) معنى العمومية والتجريد :

يقصد **بالعمومية** أن القاعدة القانونية لا تخاطب شخصاً معيناً بذاته بل هى توجه إلى الأفراد بصفاتهم ، وهى لا تواجه فرضاً معيناً بالذات بل هى تحدد الشروط اللازم توافرها لتطبيقها . فالقانون يتضمن تكليفاً عاماً يتوجه إلى كل الأفراد ، لا إلى شخص بعينه ، وينطبق على كل الوقائع التى تتوافر فيها شروط معينة ، وليس واقعة معينة بذاتها . يتوجه القانون بالخطاب إلى جميع الناس بصفة التعميم ، فلا يذكر شخصاً باسمه ولا واقعة بذاتها ، بل يبين أوصاف الأشخاص الموجه إليهم التكليف ، وشروط الوقائع التى ينصرف إليها الحكم . ينطبق التكليف على كل شخص توافرت فى شأنه

الأوصاف المبينة . وينطبق الحكم على كل واقعة اجتمعت فيها الشروط المذكورة . فالقاعدة القانونية عامة من ناحية الأشخاص الموجه إليهم خطابها . وهى أيضاً عامة من ناحية العلاقات أو الوقائع التى تنظمها .

أما **التجريد** فيعنى أنه عند نشوء القاعدة القانونية لا تكون مرتبطة بشخص معين أو واقعة بذاتها ، بل تطبق على جميع الأشخاص والوقائع التى تتوافر فيهم شروط وصفات معينة . فالقاعدة القانونية عامة générale من حيث تطبيقها ، ومجردة obstaite من حيث نشوئها ، أى لا تنشأ لحالة معينة بالذات بل لكل الحالات المماثلة فى المستقبل . لذا فالقانون يتسم بالدوام لأنه لا يطبق فى الحال فقط بل يستمر ليطبق على كل الوقائع التى تطرأ فى المستقبل .

إن المقصود بتجريد القاعدة أنها تتعلق منذ انشائها بمركز أو وضع معين لا يرتبط بشخص أو واقعة محددة ، بل أن حكمها يطبق على كل شخص أو واقعة تتوافر فيه أو فيها الشروط ، دون الاعتداد بالظروف الخاصة . فالمشرع يكتفى بانشاء مراكز مجردة يقيمها على الوضع الغالب فى الحياة العملية . ويغفل ما قد يلابسه من ظروف خاصة ذات أهمية ثانوية . مثال ذلك القانون الخاص بالتجنيد الاجبارى عند بلوغ الشخص سناً معينة وتوافرت فيه شروط خاصة . ينشئ هذا القانون وضعاً مجرداً . إذا انطبق على فرد ، فإنه يلتزم بأداء الخدمة العسكرية دون اعتداد بظروفه الشخصية .

فالقاعدة القانونية تتضمن عنصرين أولهما الفرض hypothèse والثانى الحكم solution . والفرض هو توافر حالة بشروط معينة ، أما الحكم فهو الأثر الذى يترتب عليها . والمشرع عند وضعه للقاعدة القانونية يواجه فروضاً معينة

ويضع لها أحكاماً دون نظر إلى حالة أو شخص بالذات . وهذا ما يعبر عنه بالتجريد . أما العمومية فتكون عند تطبيق القاعدة القانونية فى العمل حيث يسرى حكمها على كل من يتوافر الفرض فى شأنه .

مثال ذلك القاعدة التى تقضى بأن كل فعل أو ترك غير مشروع إذا سبب للغير ضرراً يلزم من ارتكبه بالتعويض عن هذا الضرر ، فالفرض فى هذه القاعدة هو حالة الشخص التى يتسبب بخطئه فى الاضرار بالغير ، أما الحكم فيتمثل فى الالتزام بتعويض المضرور . وهى قاعدة عامة ومجردة ، فالتجريد يتصل بالفرض لأن المشرع ، عند وضع القاعدة لم يربطها بشخص معين أو واقعة محددة بل فرضاً مجرداً والعموم يتصل بالحكم حيث ينطبق على كل من توافرت فيه شروط الفرض . فهذا الحكم وهو الزام المخطئ بالتعويض لا ينصرف إلى شخص معين أو واقعة معينة ، بل يطبق تطبيقاً عاماً على كل من يرتكب خطأ يترتب عليه ضرر .

– أما الحكم الذى يتناول واقعة معينة أو يواجه شخصاً محدداً فإنه لا يعتبر قاعدة قانونية بل حكماً فردياً مخصصاً ، كصدور قرار بترقية موظف معين أو بمنح الجنسية لشخص محدد ، أو القرار الصادر بنزع أرض معينة للمنفعة العامة ، فهنا نكون بصدد أمر أو مجرد قرار فردى . فالقرار يختلف عن القاعدة فى أنه فردى كقرار فصل موظف أو الحكم القضائى الصادر باثبات الملكية لشخص معين ، فهذا القرار أو ذلك الحكم يطبق على حالة معينة دون غيرها وينتهى بمجرد تطبيقه ، ولا يكون صالحاً للتطبيق فى المستقبل على موظف آخر أو ملكية أخرى .

(ب) أساس العمومية والتجريد :

١- يكمن أساس صفة العمومية والتجريد فى القاعدة

القانونية فى مبدأ سيادة القانون ومبدأ المساواة أمام القانون . فسيادة القانون والمساواة أمام أحكامه تقتضى عمومية قواعده وتجريدها أى تطبيقها على الجميع دون تفرقة أو تمييز ، أى أن يوجه التكليف إلى الأفراد بمعيار موضوعى لا شخصى .

ويقتضى تعميم القاعدة القانونية سريان حكمها على كل من الحكام والمحكومين حيث يحكم القانون كل اجراء أو تصرف تقوم به أى سلطة فى الدولة ، فالكل حاكماً ومحكوماً يخضع للقانون ، فلا يمكن اعفاء شخص أو استثناء واقعة من الخضوع للقانون . فالمواطنون لدى القانون سواء وهم ، متساوون فى الحقوق والواجبات العامة ، لا تمييز بينهم فى ذلك بسبب الجنس أوالأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة ، فهذا المبدأ الذى تنص عليه دساتير الدول المتحضرة يؤكد بأن القواعد القانونية لابد وأن تتسم بالعمومية والتجريد .

والشريعة الاسلامية الغراء تؤكد مبدأ سيادة القانون والمساواة أمامه من قبل الحكام والمحكومين ، فالسلطة تخضع للقانون شأنها شأن المحكومين ، فلا يجوز لها أن تتخذ اجراءات أو أفعال إلا إنطلاقاً من القانون الأساسى الذى شرعه الله لعباده ، « فمن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون » .

٢- إن صفة العمومية والتجريد تجد أساسها أيضاً فى تحقيق العدل ، فالعدل يتطلب المساواة فى معاملة المخاطبين بأحكام القانون دون تفرقة بينهم ، وصفة العمومية والتجريد التى تتصف بها القاعدة القانونية تجعلها محققة للعدل دون العدالة . فالعدل يقوم على المساواة المجردة الجامدة بين المواطنين دون الاعتداد بالظروف الخاصة بكل

منهم ، أما العدالة فتقوم على تحقيق المساواة الواقعية التى تأخذ فى الحسبان الظروف الخاصة بكل حالة على حدة .

والقانون فى سعيه إلى تحقيق الاستقرار فى المجتمع لابد وأن تتسم قواعده بالعمومية والتجريد ، حيث تصاغ طبقاً للوضع الغالب والمألوف دون الاعتداد بالظروف الخاصة الثانوية التى تختلف من حالة إلى أخرى . أى أن القانون يعتد أساسًا بتحقيق العدل عن طريق اقامة المساواة العامة بين الأفراد .

فقد يقتضى تحقيق العدل وضع سن موحدة للرشد بحسب الوضع الغالب ، دون الاعتداد بالظروف الخاصة ببعض الحالات التى ينضج فيها الفرد مبكراً أو التى يتأخر فيها هذا النضج ، أى أننا نكون بصدد قاعدة عامة مجردة ، أما تحقيق العدالة فيتطلب المساواة الفعلية حيث يؤخذ فى الحسبان درجة نضج كل حالة على حدة وتقرير سن الرشد لها ، ومن ثم لن نكون بصدد قاعدة عامة مجردة ، بل قرارات فردية ، من شأنها عدم تحقيق الاستقرار والنظام فى المجتمع نظراً لما يمكن أن يترتب على ذلك من فوضى وتفاوت فى الأحكام وتفرقة فى المراكز القانونية .

٣- وترتبط صفة العمومية والتجريد كذلك باعتبارات عملية مرجعها استحالة صدور قرارات خاصة تواجه كل حالة على حدة وتطبق على كل فرد بذاته ، لذا فإن المشرع يضع القواعد القانونية ذات طبيعة عامة ومجردة لتطبق على كل الأفراد والحالات دون تفرقة .

المطلب الثانى
نطاق العمومية والتجريد

يتحدد نطاق عمومية القاعدة القانونية من خلال تعميم سريانها من حيث الأشخاص ومن حيث الزمان والمكان .

(أ) العمومية من حيث الأشخاص :

تنطبق القاعدة القانونية على كل من تتوافر فى شأنه شروط تطبيقها ، أى كل من يتوافر فى حقه الفرض المجرد مناط تطبيق الحكم ، وليس معنى ذلك أن القاعدة تطبق على كل الناس بل تنطبق فقط على كل من يحمل الصفة التى حددتها .

فالقانون يمكن أن ينصرف إلى فئة محدودة من الناس دون أن يؤثر ذلك على صفته كقواعد عامة مجردة ، فقانون السلطة القضائية يسرى على طائفة معينة من الأشخاص هم رجال القضاء ، وهو لا يسرى عليهم بذواتهم أو بأسمائهم بل يطبق على كل من تتوافر فيه صفة معينة حالياً أو مستقبلاً . وكذلك الحال بالنسبة لقانون تنظيم الجامعات الذى يخاطب طائفة من الأشخاص (أعضاء هيئة التدريس والعاملون والطلاب) معينة بصفاتها وليس بذواتها .

فالعبرة ليست بعدد من يتوجه إليهم خطاب القاعدة القانونية وإنما بصفتهم ، فالقاعدة التى تنظم مركز رئيس الدولة أو رئيس الوزراء توجه إلى شخص واحد ورغم ذلك تظل قاعدة عامة مجردة لأنها لا تتوجه إلى شخص معين باسمه أو بذاته وإنما تتوجه إلى صفته . ولابد أن تنطوى الصفة على امكانية التطبيق ليس فى الحال فقط ، بل وفى الاستقبال

أيضاً ، حتى يتسنى بذلك أن يكون حكم القاعدة القانونية عاماً يتوجه إلى طائفة غير متناهية العدد من المخاطبين

أما إذا أمكن حصر عدد المخاطبين بالقاعدة القانونية فى لحظة صدورها . فإن صفة العموم تنتفى عنها ولا نكون بصدد قاعدة قانونية بالمعنى الدقيق ، وإنما بصدد قرار أو عمل تشريعى صدر فى الشكل الذى تصدر به القاعدة القانونية . وكذلك الحال بالنسبة للقاعدة التى تتوجه بخطابها إلى واقعة أو شخص معيناً بذاته . كما هو الحال فى القانون الصادر بنزع ملكية عقار محدد مملوك لشخص معين ، للمنفعة العامة .

(ب) العمومية من حيث الزمان :

مؤدى صفتى العموم والتجريد اللتان تتصف بهما القاعدة القانونية أنها تكتسب صفة الدوام ، فهى لا تستنفذ غرضها بمجرد تطبيقها على شخص معين أو واقعة محددة بل تستمر لتطبق على كل الفروض المماثلة فى المستقبل .

ولا يعنى ذلك أن القانون يظل مطبقاً إلى الأبد ، فالقانون يوجد لمواجهة واقع وظروف معينة ، فإذا تغير هذا الواقع وتلك الظروف ، فإن القانون يتغير بدوره حتى يتلائم مع الوضع الجديد ، ومن ثم يتم الغاء القوانين القائمة لأنها لم تعد ملائمة ويصدر المشرع قوانين جديدة تساير الظروف المستجدة .

فمرونة القانون تتطلب قابليته للتعديل بصفة مستمرة حتى يتلائم مع الظروف والوقائع المتغيرة ، بل أن هناك بعض القوانين التى تصدر ويكون من المعروف مقدماً أنها تسرى لفترة محدودة مرتبطة بظروف وقتية معينة ، مثل التشريعات التى تحدد التسعيرة الجبرية لبعض السلع فى أثناء الأزمات الاقتصادية ، فهذه التشريعات تتضمن قواعد عامة مجردة

بالرغم من أنها تسرى لفترة زمنية معينة

(جـ) العمومية من حيث المكان :

الدولة وحدة سياسية تتمتع بالسيادة على اقليمها . وتبدو هذه السيادة من خلال وجود سلطة عليا تسيطر على مقاليد الأمور فيها من خلال صياغة نظام قانونى متكامل يخضع له الحكام والمحكومين ، فالقانون مظهر من مظاهر سيادة الدولة التى تنبسط على كل اقليمها ، ومن ثم فهو يطبق على بقعة من هذا الاقليم تأكيداً لهذه السيادة ، وهذا ما يعبر عنه بمبدأ اقليمية القوانين .

إلا أن هذا المبدأ يرد عليه عدة استثناءات :

١- تطبق القواعد الوطنية فى بعض الأحيان خارج حدود اقليم الدولة ، فمثلاً تقضى قواعد القانون الدولى الخاص بتطبيق قانون الأحوال الشخصية على الوطنيين الموجودين فى الدول الأجنبية ، كما تطبق بعض قواعد قانون العقوبات على الأفعال التى ترتكب فى الخارج وتشكل جرائم لمساسها بنظام وسلامة الدولة .

٢- يُعتبر العرف من المصادر الرسمية للقانون ، ومن ثم فإن تطبيق العرف فى بعض الحالات قد يؤدى إلى اختلاف القانون المطبق فى أجزاء الدولة الواحدة بسبب اختلاف العرف باختلاف المناطق .

٣- يمكن أن يمتد نطاق القانون إلى خارج اقليم الدولة ليطبق على مجموعة من الدول ، كما هو الحال بالنسبة لاتحاد الدول الأوربية حيث توجد الكثير من القواعد القانونية المشتركة بينها ، وكذلك الحال بالنسبة لبعض القواعد القانونية التى تضعها الدول المشتركة فى معاهدة دولية بصدد موضوع معين ، مثل المعاهدات التى تحدد مسئولية الناقل الجوى أو الناقل البحرى .

المطلب الثالث

العمومية والتجريد ومرونة القاعدة القانونية

تنقسم قواعد القانون إلى قواعد جامدة rigide ، لا توجد سلطة تقديرية فى تطبيقها ، وأخرى مرنة souple تخول سلطة تقديرية لمن يقوم بتطبيقها على الحالات الخاصة . ومن أمثلة القواعد الجامدة القاعدة التى تحدد سن الرشد ، والقاعدة التى تحدد ميعد الطعن فى الحكم القضائى .

وهناك الكثير من القواعد المرنة مثل قواعد القانون الجنائى التى تحدد العقوبة بين حد أعلى وحد أدنى من الحبس أو السجن أو الغرامة ، حيث يختار القاضى بسلطته التقديرية أكثر العقوبات ملاءمة لظروف الدعوى وحالة الجانى .

وكثير من قواعد القانون المدنى أيضًا تتسم بالمرونة مثل معيار التعسف فى استعمال الحق ، والغلو فى استعمال حق الملكية ، ومضار الجوار غير المألوفة ، ونظرية الظروف الاستثنائية التى تخول القاضى سلطة تعديل العقد على نحو يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول .

ولا شك أن القاعدة الجامدة تتميز بسهولة تطبيقها وما تؤدى إليه من تحقيق العدل justice بسبب المساواة المطلقة بين المخاطبين بها ، وتحقيق الاستقرار فى المعاملات ، إلا أنها لا تحقق العدالة équite التى تتميز بها القاعدة المرنة حيث تتوائم مع الظروف الواقعية الخاصة بكل حالة على حدة .

ومرونة القاعدة القانونية ، وإن كان من شأنه منح سلطة تقديرية للقائمين على تطبيقها وما قد يستتبع ذلك من التحكم فى هذه القواعد ، إلا أن ذلك لا يتعارض مع صفة العمومية والتجريد التى تتصف بها القاعدة القانونية ،

فالمعيار المرن الذى يستخدم فى تطبيق القاعدة لا ينصرف إلى شخص بذاته أو واقعة بذاتها ، بل يطبق على كل الوقائع أو الأشخاص الذين تتوافر فيهم شروط أعمال هذه القاعدة ، فهو معيار عام مجرد .

وينبغى ملاحظة أن السلطة التقديرية التى يباشرها القائم على تطبيق القاعدة المرنة تخضع لمبدأ الشرعية أى مبدأ سيادة القانون ، لأن هذه السلطة لا يباشرها الشخص من ذاته بل يستمدها من القانون ، ويمارسها طبقاً للحدود التى تخولها له القاعدة القانونية . إن من يقوم بتطبيق القاعدة المرنة يعمل على تطويع العمل الوارد بها ، بما يحقق أكبر درجات الملاءمة للحالات الواقعية المختلفة ، وهو لا يباشر سلطة مطلقة أو تحكمية ، ولكنه يباشر سلطة تقديرية ، حيث يقوم بادخال الوقائع المطروحة فى الفرض الذى تتناوله القاعدة القانونية ، ويتطلب ذلك تكييف هذه الوقائع . وينطوى هذا العمل على جانب واقعى وآخر قانونى ، لذا فإنه يخضع لرقابة محكمة النقض التى تراقب حسن تطبيق القانون .

المبحث الثالث

القاعدة القانونية ملزمة

نعرض لالزام القاعدة القانونية ثم نبين خصائص الجزاء بأنواعه .

المطلب الأول

الإلزام والجزاء فى القاعدة القانونية

يهدف القانون إلى تنظيم الروابط واقامة النظام

والاستقرار فى المجتمع ، ويجب أن تكون لدى القانون وسائل الالزام التى تحمل الأفراد على احترام تطبيقه ، ولا يتصور تحقيق القانون لغايته إذا اقتصرت قواعده على اسداء النصح والارشاد . ويتحقق الالزام إذا اقترنت القاعدة القانونية بجزاء يوقع على الشخص الذى يخالف الأمر الوارد بها ، ومن هنا كان الالزام أو القهر أو الجزاء عنصراً أساسياً فى القاعدة القانونية ، ويتم الجزاء عن طريق الاجبار أو القهر العام الذى تباشره السلطة العامة فى المجتمع ، فهذه السلطة هى التى تكفل احترام القانون بوسائل القهر التى تملكها .

إن القاعدة القانونية مزودة بجزاء تسهر قوة الدولة على تنفيذه . فالالزام عنصر جوهرى فى القاعدة القانونية . إن كل قانون عبارة عن أمر يولد واجبًا ، مزوداً بجزاء . فالأمر والواجب والجزاء هى عبارات مرتبطة ببعض ارتباطاً لا يقبل الانفصام .

ووجود الجزاء sanction بالقاعدة القانونية لا يعنى بالضرورة أن تطبيقها يكون دائماً بالقوة ، بل أن طاعة القانون تتم فى اغلب الأحوال تلقائياً لأسباب خلقية أو لوازع من ضمير المواطن ، دون حاجة لإجباره على ذلك ، أو خوفاً ن الجزاء الذى يترتب على مخالفته ، فالتلويح بالجزاء يكفل طاعة القانون ، لذلك فإن الالتجاء إلى الجزاء يعد أمراً استثنائياً . يؤدى الجزاء إلى إحترام القانون من خلال قيامه بوظيفتين : الأولى علاجية والأخرى وقائية . فبالنسبة للدور العلاجى يتمثل فى توقيع العقاب على من يخالف القانون على نحو يؤدى إلى ازالة المخالفة أو محو آثارها ، كما فى حالة ابطال العقد المخالف للقانون أو الزام المخطئ بتعويض المضرور عما أصابه من أضرار . أما عن الدور الوقائى فيتمثل فى زجر الأفراد وحملهم على احترام القانون خوفاً

من توقيع الجزاء عليهم عند مخالفته فالمدين يقوم بالوفاء مختاراً تفادياً للحجز على أمواله وبيعها جبراً عنه .

ولاشك أن عدالة القانون ، وواقعيته أى ملائمته للظروف الاقتصادية والاجتماعية للبيئة ، وتوافقه مع قيم الجماعة وديانتها من شأنه أن يجد صدى طيباً لدى المواطنين حيث يتوافر لديهم الوعى بطاعته والعمل على احترامه ، وذلك هو معيار النجاح التشريعى ، أى مدى توفيق المشرع فى صياغة القواعد القانونية التى تعكس واقع الأفراد وتتجاوب معه . أما إن كان تطبيق القانون لا يتم إلا من خلال القهر والالزام فإن ذلك دليل على عدم قناعة الأفراد به لعدم ملائمته لظروف المجتمع واحتياجاته وبالتالى فشله .

فالهدف من وجود القانون يقتضى تطبيقه وكفالة احترامه ، هذا الاحترام يتم فى غالب الأحوال تلقائيًا ، أى يقوم الأفراد بالتصرف طبقًا للحكم القانونى من تلقاء أنفسهم اقتناعًا منهم بالصفة الملزمة للقانون لأنه يتفق وظروفهم الاجتماعية والاقتصادية وعاداتهم ، ويكمن لديهم الدافع الوطنى فى مثالية القانون وضرورته لاستقرار وأمن المجتمع ، وكلما كانت القاعدة القانونية متفقة مع ظروف وحاجيات الجماعة زادت فرص تطبيقها واحترامها واستجابة الأفراد لها تلقائيًا ، أما فى غير ذلك فإن الخضوع الاجبارى هو السبيل لتطبيق القانون ، وهذا يعد فى ذاته دليلاً على تعيب القاعدة القانونية .

المطلب الثاني
خصائص الجزاء

الجزاء كأثر لمخالفة القاعدة القانونية ، يقصد به الضغط على ارادة الأفراد للامتثال لأوامر القانون ونواهيه وأحكامه ،

وذلك من خلال استخدام القوة المادية التى تملكها الدولة لمنع مخالفة القاعدة أو لمحو آثار المخالفة أو للانتقام من مخالفتها .

والجزاء بهذا المعنى يتميز بعدة خصائص تمكنه من تحقيق دوره فى كفالة أداء القانون لوظيفته ، وهذه الخصائص هى أنه حال ، مادى ، توقعه السلطة العامة .

١- يتميز الجزاء فى القاعدة القانونية بأنه جزاء غير مؤجل يطبق بمجرد وقوع المخالفة . فالجزاء هنا غير مؤجل للحياة الآخرة . كما هو الحال بالنسبة للكثير من الجزاءات الدينية .

ولا شك أن سرعة توقيع الجزاء وفوريته من شأنه أن يزيد فعالية واحترام تطبيق القانون ، فالعدالة السريعة تلعب دوراً هامًا فى تحقيق الردع المطلوب ، ودعم الاستقرار فى الجماعة . أما البطء فى توقيع الجزاء فمن شأنه زعزعة الثقة فى القانون والمبالاة فى أعمال حكمه . فمن شأن سرعة توقيع الجزاء على كل من القاتل أو السارق أو المدين المماطل فى سداد دينه ، حث الناس على الالتزام بالقانون وزيادة هيبته فى نفوسهم .

٢- يتميز الجزاء كذلك بأنه مادى محسوس له مظهر خارجى ، وليس مجرد جزاء معنوى ، كتأنيب الضمير أو استنكار الجماعة كما هو الحال بالنسبة للأخلاق والعادات والتقاليد .

والجزاء المادى قد يوقع على شخص الانسان بأن يمس حريته كالحبس ، أو على ماله كالغرامة والالتزام بالتعويض ، أو يؤثر على مستقبله الوظيفى كما فى حالة الجزاءات التأديبية .

٣ ويتميز جزاء القاعدة القانونية بأنه منظم بصورة وضعية تتولى السلطة العامة توقيعه باسم الجماعة . فالدولة تتولى تحديد وتنظيم الجزاء وبيان الهيئات التى تختص بتوقيعه عند مخالفة كل قاعدة حتى يتوافر اليقين فى تطبيق الجزاء الذى يتناسب مع جسامة المخالفة .

مؤدى هذا أن الجزاء فى تنظيمه وتطبيقه لا يكون إلا عاماً، فلا يجوز أن يستقل الأفراد أنفسهم بتوقيعه بحجة تنفيذ القانون وحماية مصالحهم الخاصة . فالجوهرى فى الجزاء أن تثبت سلطة توقيعه للجماعة وحدها أى أنه من اختصاص السلطة العامة ، وقد ثبت هذا الاختصاص بعد ظهور الدولة الحديثة وتنظيمها ، حيث ساد نظام القضاء الخاص فى الجماعات البدائية وتولى الأفراد القصاص لأنفسهم واقتضاء حقوقهم بوسائلهم الخاصة ، مما أدى إلى ضياع حقوق الضعفاء وشيوع الفوضى وعدم الاستقرار .

إلا أنه ما زالت هناك بعض الحالات الاستثنائية التى يجوز فيها للأفراد ، فى المجتمعات الحديثة ، الدفاع عن حقوقهم أو مصالحهم بأنفسهم ، ويجوز للشخص أن يستخدم القوة المادية والاقتصادية لحماية الحقوق التى يقررها له القانون . مثال ذلك حالة الدفاع الشرعى عن النفس أو المال ضد الاعتداء عند تعذر الالتجاء إلى حماية السلطة العامة . ومن ذلك أيضًا الحق فى الحبس والدفع بعدم التنفيذ ، حيث يجوز لكل من التزم بتسليم شئ أن يمتنع عن تسليمه فى حالة عدم قيام الطرف الآخر (الدائن) بالوفاء بالالتزام المترتب عليه والمرتبط به . فيجوز للبائع حبس المبيع حتى يقوم المشترى بالوفاء بالثمن .

المطلب الثالث
أنـواع الجـزاء

يتمثل الجـزاء فى الاجراءات الـتى تتـخذها الجـماعـة عند حـدوث مخـالفـة الـقاعـدة القـانونية ، لازالـة آثار المـخـالفـة أو التعـويض عنـها أو الانتقـام مـن المـخالـف . وتخـتلف صـور الجزاء على مـخالفة القاعـدة القانونية من قـاعدة إلـى أخرى بحسب مضمونها وطبيعتها .

فالجزاء يمكـن أن يكون ذا طبيعة اصلاحيـة لأنه يهدف إلى اصـلاح réperation الضـرر الناشـئ عن مـخالـفة آثار الـقاعـدة القانونـية ، وذلك سواء برد الشـئ إلى أصله كرد المـسروقات إلى صـاحبـها ، أو بدفـع تعويض لـلمضـرور عن الضــرر الذى أصابه ، كتعويض المصاب بسبب خطأ سائق السيارة .

ويمكن أن يأخـذ الجزاء شكل العـقوبة peine للانتقام ممن يخـالف القاعـدة الجنائية على نـحو يشـكل مسـاساً بسـلامة وأمن الـمجـتمع ، وردع أى شـخص عـن التـفكيـر فى ارتـكاب الـجريمة ، بل يمـكن أن يجمـع الجزاء بيـن الاصلاح والعقـوبة فى نفس الوقـت . فالقاتل توقـع عليه العقـوبة الجنائية ويلتزم بتعويض الأضرار التى تلحق أهل القتيل بسـبب فعله .

ويمكن القول بصفة عامـة أن الجزاء القانونى له عدة صـور تختلف بـحسب طبيعة ونوع الـقاعدة القانونية الـتى خولفت ، فهناك الجزاءات المدنية والجنائية والادارية والمالية والدولية .

(أ) الجزاء المدنى :

وهـو الجـزاء الذى يقع فى حـالة مخـالفة قـاعدة من قـواعد القانون الخاص تحمى مصلـحة خاصة أو حق خاص بفرد من

الأفراد ، وهو يأخذ عدة صور :

١ صورة الجزاء المباشر أو التنفيذ العيني أي الزام الفرد بتنفيذ ما لم يقم بتنفيذه مختاراً . كالحكم بطرد المستأجر بعد انتهاء مدة الايجار من العين المؤجرة أو الزام البائع بتسليم الشئ المبيع ، والحجز على أموال المدين وبيعها بالمزاد حتى يستوفى الدائن حقه من ثمنها . والزام المقاول بتنفيذ الأعمال التى اتفق مع صاحب العمل على اتمامها ، والزام المورد بتوريد الأشياء المتفق على توريدها .

٢- محو أثر المخالفة أى اعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع المخالفة . وذلك كالحكم بازالة الحائط أو المبانى المقامة فى ملك الجار ، وهذه هى الازالة المادية وقد تكون الازالة قانونية . كالحكم ببطلان العقد المخالف للنظام العام . كما لو تم تأجير مسكن للعب القمار . والحكم ببطلان التصرف المبرم تحت تأثير الاكراه أو الاستغلال . والقضاء بفسخ العقد الذى لم يقم أحد أطرافه بتنفيذ التزاماته فيه . حيث يجوز للمتعاقد الآخر المطالبة بفسخ العقد حتى يتخلص هو من تنفيذ التزاماته المرتبطة والمقابلة لالتزامات الطرف الآخر التى لم تنفذ

٣- التعويض فى الحالات التى يستحيل فيها التنفيذ العينى أو اعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع المخالفة . فالتعويض indemnisation يعتبر جزاءاً غير مباشر ويتمثل فى الحكم بدفع مبلغ نقدى بهدف اصلاح الضرر الذى أصاب الغير بسبب مخالفة القانون ، سواء تمثلت المخالفة فى ارتكاب خطأ أو عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، أو التأخير فى هذا التنفيذ

فمن يصاب فى حادثة بعاهة مستديمة يحكم له بتعويض من المتسبب فى الضرر لأنه يصعب محو أثر الحادث ويلتزم المقاول الذى يتأخر فى تنفيذ العمل بتعويض صاحب العمل عن الأضرار التى تلحقه بسبب هذا التأخير

ويمكن أن يجتمع التعويض مع الحكم بالتنفيذ العينى ، كمى فى حالة الزام المغتصب برد الشئ إلى مالكه مع الزامه بالتعويض عن الأضرار التى لحقت المالك بسبب غصب ماله بما فى ذلك حرمانه من الانتفاع به مدة الغصب .

(ب) الجزاء الجنائى :

ويقوم على أساس حماية حق المجتمع فى السكينة والأمن والاستقرار ، فهو نوع من الدفاع الاجتماعى يباشره المجتمع ضد من يرتكب جريمة أى يأتى فعلاً من شأنه المساس بالنظام الاجتماعى وأمنه ، فهو يفرض لاعتبارات المصلحة العامة والنظام العام . ويتفاوت فى القوة بحسب أهمية المصلحة وتعلقها بكيان المجتمع .

ويلعب الجزاء الجنائى دوراً هاماً فى اجبار الأفراد على احترام القانون ، سواء من خلال تأديب المخالف أو ردع وزجر الآخرين ، أى أن الجزاء يؤدى دوراً وقائيًا وتأديبيًا فى نفس الوقت .

والجزاء الجنائى يعتبر أقصى أنواع الجزاء ، إذ يتمثل فى العقوبات التى يقررها القانون للجرائم المختلفة . وتقدر شدة العقوبة حسب درجة خطورة الفعل الاجرامى ومدى مساسه بالمصلحة العامة . تنقسم الجرائم من حيث الخطورة إلى جنايات وجنح ومخالفات . وتتدرج عقوباتها من الاعدام إلى الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة إلى السجن ثم الحبس

وقد تكون العقوبة مالية كالغرامة ، هذا إلى جانب العقوبات التبعية كمصادرة المال موضوع الجريمة والفصل من الوظيفة وتحديد الاقامة .

وقد يجتمع الجزاء الجنائى والجزاء المدنى فى نفس الحالة ، فمن يقتل شخصاً عمداً مع سبق الاصرار والترصد يعاقب بالاعدام ، ويلتزم فوق ذلك بدفع مبلغ من المال لورثة القتيل تعويضاً عن الأضرار المادية والأدبية التى أصابتهم من جراء الفعل ، فالعقوبة الجنائية توقع على المخالف لأن فعله يعد جريمة لمساسه بالأمة وأمن المجتمع ، وتتولى النيابة العامة كممثلة للمجتمع سلطة توجيه الاتهام وطلب معاقبة الجانى من خلال الدعوى الجنائية . أما الجزاء المتمثل فى طلب التعويض فيطالب به المضرور أو المجنى عليه من المعتدى عن الأضرار المترتبة على الجريمة وذلك عن طريق الدعوى المدنية .

(جـ) الجزاء التأديبى :

وهو الجزاء الذى يوقع على من يخل بالقواعد التى تفرضها وظيفته أو مهنته ، مثال ذلك الموظف الذى يتسبب فى اتلاف مستندات هامة متعلقة بعمله ، أو يهمل فى أداء عمله الوظيفى .

وتتفاوت الجزاءات التأديبية بحسب جسامة المخالفة الوظيفية ، فهى قد تكون لفت النظر أو الانذار أو اللوم أو الحرمان من العلاوة أو تأخير الترقية أو الخصم من المرتب أو الوقف عن العمل أو الفصل من الخدمة .

وتوقع الجزاءات التأديبية كذلك على من يخل بواجبات مهنته ، كالمحامى أو الطبيب الذى يفشى أسرار المهنة ،

فتوقع عليه نقابة المحامين أو نقابة الأطباء جزاءات معينة كشطبه من جدول النقابة أو حرمانه من بعض المزايا التى تقررها لأعضائها .

وقد يجتمع الجزاء التأديبى مع الجزاء المدنى أو الجنائى ، فالموظف الذى يختلس أموال الوظيفة يتعرض لعقوبة تأديبية ويوقع عليه الجزاء الجنائى .

(د) أنواع أخرى من الجزاء :

هناك أنواع أخرى من الجزاءات ترتبط بأنواع مختلفة من القواعد القانونية .

١- وذلك **كالجزاءات الادارية** التى توقعها الجهات الادارية فى حالة مخالفة بعض القواعد القانونية التى تتعلق بالسكينة والصحة العامة ، كغلق المحال التجارية والصناعية ، والازالة ، وسحب رخصة القيادة وحظر ممارسة مهنة معينة .

٢- **والجزاءات المالية** التى توقع فى حالة مخالفة قواعد القانون المالى مثل مضاعفة الرسوم الجمركية ، والغرامات الضريبية ، والمصادرة .

٣-**والجزاءات السياسية** الخاصة بمخالفة قواعد القانون الدستورى كتحريك المسئولية الوزارية ، أو توجيه الاستجواب للوزراء ، وحل المجلس التشريعى من قبل رئيس الدولة .

٤- وأخيراً فهناك **الجزاءات الدولية** التى ترتبط بقواعد القانون الدولى ، وتتمثل فى المقاطعة الدبلوماسية ، والاقتصادية ، والحصار الاقتصادى ، وقطع المواصلات ، ووقف عضوية الدولة فى المنظمة الدولية والتدخل العسكرى .

المطلب الرابع

تفاوت القواعد القانونية من حيث قوة الجزاء

يمكن تقسيم القواعد القانونية ، من حيث قوة الجزاء ، إلى أربعة أنواع :

(أ) قواعد قوية الجزاء :

وهى القواعد التى يعاقب القانون على مخالفتها بجزاء مزدوج : جنائى ومدنى فى نفس الوقت . مثال ذلك القواعد القانونية الجنائية التى تجرم أفعال القتل والسرقة والنصب . إن هذه الجرائم تستوجب معاقبة فاعلها جنائيًا ، وتثور مسئوليته المدنية عن تعويض المضرور عن الأضرار التى حلت به بسبب تلك الأفعال .

(ب) قواعد عادية الجزاء :

وهى القواعد التى يوقع القانون على من يخالفها جزاءاً يكفى لازالة المخالفة فحسب . مثل القواعد التى تخول الدائن الحجز على أموال مدينه وبيعها جبراً لاستيفاء حقه منها .

وتتمثل الغاية من هذا الجزاء فى ترغيب الناس فى اتباع حكم القاعدة القانونية ومنعهم من مخالفتها ، فهو جزاء يتساوى مع الضرر الواقع نتيجة الاخلال بالقاعدة القانونية ، أى أننا بصدد جزاء اصلاحى يهدف إلى اصلاح الضرر عن طريق التنفيذ العينى أو التعويض .

أما الجزاء فى النوع الأول فيقصد به عقاب المخالف وارهاب الآخرين من ارتكاب نفس الأفعال ، فهو جزاء عقابى ترهيبى يتناسب فى شدته مع خطورة الفعل ونتائجه .

(جـ) قواعد ضعيفة الجزاء :

وهى القواعد التى يعاقب القانون على مخالفتها بجزاء غير كاف لازالة المخالفة التى تقع . مثال ذلك القواعد القانونية التى تعفى المدين من الوفاء بدينه إذا سقط بالتقادم ، وكل ما يتبقى للدائن فى ذمة مدينه مجرد التزام طبيعى بالوفاء ، أى غير مقترن بجزاء قانونى على مخالفته . وكذلك الحال بالنسبة لدين القمار حيث لا يلتزم المدين بسداده ، وله أن يسترده إذا كان قد دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه ما خسره ، ولو كان هناك إتفاق يقضى بغير ذلك (١)

(د) قواعد ناقصة الجزاء :

وهى القواعد التى لا ترتبط بوجود جزاء بالمعنى المتعارف عليه فى القانون ، ومن ثم فهى تبدو وكأنها بدون جزاء بالمعنى التقليدى . مثال ذلك الكثير من قواعد القانون الدستورى والقانون الدولى العام .

والواقع كما سنرى ، أن هذه القواعد ترتبط بجزء من طبيعة خاصة يختلف فى تنظيمه عن الجزء الناجم عن مخالفة باقى القواعد القانونية

المبحث الرابع

القاعدة القانونية وقواعد السلوك الاجتماعى الأخرى

إن القواعد القانونية ليست وحدها التى تنظم الحياة فى

---

(١) م ٣٩ مدنى

المجتمع من خلال ضبط السلوك الانسانى ، بل أن هناك قواعد أخرى أسبق فى الوجود ، تنظم هذا السلوك ، وتعد بالتالى ذات طبيعة تقويمية ، وتتمثل فى العادات والمجاملات ، الأخلاق ، الدين .

المطلب الأول
العادات والمجاملات والتقاليد

(أ) مفهوم :

توجد فى كل مجتمع بعض قواعد السلوك التى يجرى الناس على اتباعها فى علاقاتهم وصلاتهم اليومية ومظهرهم وتقاليدهم المهنية ، مثل قواعد المجاملات التى تتعلق بتبادل التهانى والعزاء فى المناسبات ، وعادات الملبس والمأكل وتبادل التحية عند اللقاء .

(ب) علاقة تلك القواعد بالقانون :

تلعب هذه العادات دوراً هامًا فى ضبط وتوجيه سلوك الناس فى الجماعة ، ومن ثم فإنها تشترك مع القانون فى أنها قواعد سلوك تقويمية ، تنشأ من اعتياد الناس عليها وشعورهم بأنها ترمز إلى قيم اجتماعية يحرصون عليها ويستنكرون من يخرج عنها .

إلا أنه يوجد فارق هام بين القانون وكل من العادات والتقاليد والمجاملات ، يتمثل أساساً فى طبيعة الجزاء الذى يترتب على مخالفة كل منهما ، إذ بينما تكون القاعدة القانونية مصحوبة بجزاء مادى ملموس وحال ، يكون الجزاء فى العادات الاجتماعية معنويًا يقتصر على مجرد استنكار

واستهجان الجماعة للسلوك المخالف .

وينبغى ملاحظة أن تكرار تلك العادات ورسوخها فى عقيدة الناس بسبب تغير النظرة إلى القيم التى تحققها ، والاعتقاد بلزومها لاقامة نظام المجتمع وحفظ كيانه شأنها شأن القواعد القانونية تماماً ، يؤدى إلى تحولها إلى قواعد قانونية إما لأنها تصبح عرفًا ملزمًا ، كما حدث بالنسبة لقواعد معاملة السلك السياسى التى أصبحت قواعد قانونية عرفية بعد أن كانت فى الأصل قواعد مجاملات دولية ، وأما بتدخل القانون والنص عليها فى صورة قواعد قانونية معينة . فمن المتصور قيام المشرع بفرض زى وطنى معين أو نظام محدد للتغذية ، والنص على ترك بعض مقاعد المواصلات العامة للعجزة والمسنين .

المطلب الثانى

القواعد الأخلاقية

(أ) مفهوم :

يقصد بالأخلاق مجموعة المبادئ والأفكار التى تستقر فى ضمير الجماعة كحصيلة لتراثها وتاريخها ومعتقداتها الدينية ، وما ينطوى عليه ذلك من أفكار سياسية واجتماعية واقتصادية ، وهى قواعد سلوك اجتماعى ترمى إلى تنظيم علاقات الانسان والارتقاء به نحو الخير والمثل العيا .

(ب) الفارق بين الأخلاق والقانون :

وتشترك قواعد الأخلاق مع القواعد القانونية فى أن كلاهما قواعد سلوك تقويمية ، تهدف إلى تنظيم العلاقات بين أفراد الجماعة على نحو يحقق الأمن والاستقرار فيها ، إلا أن

هناك أكثر من فارق فى هذا المجال بين كل منهما .

١- **من حيث الغاية** : تهدف الأخلاق إلى تحقيق قيم شخصية معينة تسعى بالانسان نحو السمو والكمال ، أما القانون فيرمى إلى تحقيق قيم اجتماعية تهدف إلى اقامة نظام اجتماعى مستقر . فالقانون عندما يجرم القتل ويعاقب عليه فهو يرمى من وراء ذلك إلى حفظ النظام والاستقرار فى الجماعة أى حفظ كيان المجتمع ، أما الأخلاق فتنظر إلى القتل على أنه انحدار بالنفس البشرية إلى عالم الرذيلة والشر ، ومن ثم يجب السمو بهذه النفس والارتقاء بها نحو الكمال .

فغاية الأخلاق أكثر طموحاً من غاية القانون ، إذ بينما يكتفى الأخير بالحفاظ على كيان الجماعة واستقرارها ، تهفو الأخلاق إلى تحقيق صورة مثالية للفرد والمجتمع تقوم على التعاطف والخير والفضيلة والسمو بالنفس البشرية إلى الرقى والكمال . فالقانون أكثر واقعية من الأخلاق ، لأنه يخاطب الانسان بطبيعته التى تنطوى على الخير والشر ، ويعالج المشاكل الاجتماعية والاقتصادية التى تهدد النظام والاستقرار فى الجماعة .

٢- **من حيث التحديد** : أن القواعد القانونية أكثر تحديداً وانضباطاً من الأخلاق التى تنبع من ضمير الجماعة وقيمها وتكمن فى موجهات ومبادئ عامة غير محددة ، ومؤدى ذلك أنها لا تقتصر على الاهتمام بالسلوك الخارجى للانسان ، بل تسعى إلى الرقى بأحاسيسه ونواياه الباطنة ، وضميره ، لذا فهى تهتم بالدرجة الأولى بتحديد واجبات الانسان وما ينبغى أن يلتزم به تحقيقاً للكمال والسمو .

أما قواعد القانون فتكون محددة ومنضبطة لأنها تصدر فى صورة نصوص من السلطة المختصة ، وتعالج السلوك

الخارجى للانسان وما قد يصحبه من نوايا معينة ، وهى تبين للانسان ما له من حقوق وما عليه من واجبات . فالقانون يوجب على المدين الوفاء بالدين ، ويعطى الدائن الحق فى اقتضاء هذا الدين ، بينما الأخلاق تكتفى بتقرير واجب الاحسان على القادرين دون أن تقرر للفقراء حقًا فى اقتضاء هذا العون .

٣- **من حيث النطاق** : يترتب على اختلاف الغاية بين القانون والأخلاق ، اختلافهما فى النطاق ، فهناك مجالات مشتركة بين القانون والأخلاق كتحريم القتل وكافة صور الايذاء البدنى والأدبى ، والسرقة والوفاء بالالتزامات التعاقدية ، إلا أن هناك مسائل يدخلها القانون فى اعتباره لا شأن للأخلاق بها حيث لا تعرض مشكلة الضمير مثل تنظيم قواعد المرور ، واشتراط أشكال معينة (كالشهر أو التوثيق) لصحة بعض التصرفات ، وتحديد طرق ومواعيد الطعن فى الأحكام . والعكس صحيح ، حيث تقيم الأخلاق وزنًا لبعض المسائل - التى لا يوليها القانون اهتمامًا - مثل المروءة والشهامة وعدم النفاق وفعل الخيرات .

بل أن القانون فى بعض الأحيان ، رغبة منه فى تحقيق الاستقرار والنظام فى المجتمع ومراعاة الأسس الاقتصادية التى يقوم عليها النظام الاقتصادى ، يتضمن بعض القواعد التى تتعارض مع الأخلاق مثل اباحة الفوائد فى البنوك وبين التجار فى الوقت الذى تحرم الأخلاق هذه الفوائد بوصفها معاملات ربوية . ويقر القانون تملك ملك الغير بالتقادم المكسب بشروط معينة ، بينما تحظر الأخلاق ذلك .

٤- **من حيث الجزاء** : الجزاء فى القاعدة القانونية هو جزاء مادى حسى حال توقعه السلطة العامة على من يخالف

هذه القاعدة . أما الجزاء فى القاعدة الأخلاقية فهو جزاء معنوى ينحصر فى مجرد استنكار واستهجان الجماعة للسلوك المخالف أو مجرد تأنيب الضمير وازدراء المجتمع . فالقاعدة القانونية تكون مصحوبة باكراه اجتماعى يفرض احترامها كالحبس والغرامة والتنفيذ الجبرى على أموال المدين الذى يتخلف عن سداد الدين ، أما القاعدة الخلقية فيتسم الجزاء فيها بالطابع الفردى النابع من ضمير الانسان وشعوره .

(جـ) تأثر القانون بالأخلاق :

يتأثر القانون فى كثير من الحالات بالأخلاق ، حيث تعتبر المنبع الذى يشتق منه المشرع الكثير من القواعد القانونية الرامية إلى تحقيق العدل ، وكلما تقدم المجتمع فإن تأثر القانون بالأخلاق يزداد اتساعًا حيث يتبنى المشرع العديد من قواعد الأخلاق رغبة منه فى الرقى بالجماعة نحو الكمال .

فهناك الكثيرمن قواعد القانون ذات طابع أخلاقى مثل وجوب الوفاء بالعهد ، وتحريم السرقة والقتل ، بل أن العديد من قواعد الأخلاق أصبحت قواعد قانونية مثل وجوب عدم غلو المالك (تعسفه) فى استعمال ملكه على نحو يضر بالآخرين ، وحظر احتكار السلع الغذائية والتغالى فى أسعارها ، والتزام من يخطئ بتعويض المضرور بسبب هذا الخطأ .

وينبغى ملاحظة أن الأخلاق وإن كانت دائمة التأثير فى القانون بغية تحقيق العدالة ، إلا أنه يجب عدم المبالغة فى فهم هذا التأثير ، لأن القانون له غايات أخرى أكثر واقعية ، ومن ثم فإن هناك عوامل اضافية غير الأخلاق تدخل فى تكوينه مثل

الفلسفة السياسية والاجتماعية والظروف الاقتصادية المهيمنة على الجماعة ، واعتبارات الأمن والاستقرار ، فاختلاف الغاية بين القانون والأخلاق يؤدى إلى تفاوت النطاق والأسلوب بينهما فى الكثير من الحالات .

المطلب الثالث
القواعد الدينية

(أ) مفهوم :

الدين هو مجموعة الأحكام التى يفرضها الله سبحانه وتعالى على عباده تحقيقًا لخيرهم فى الدنيا والآخرة . وتتضمن هذه الأحكام قواعد العبادات التى تتعلق بالصلة بين العبد والرب ، وقواعد المعاملات التى تحكم العلاقات بين الناس .

فالعبادات كالصلاة والصوم ترمى إلى تهذيب النفس وابعاد الانسان عن الرزيلة والسمو به نحو الكمال والفضيلة ومن شأن ذلك اصلاح الفرد والجماعة .

أما قواعد المعاملات فتتضمن الأحكام الخاصة بالتعامل بين الأفراد كالوفاء بالعهود ، وتحريم الربا وعدم قتل النفس إلا بالحق ، وعدم أكل أموال الناس بالباطل ، وتنظيم الأسرة والميراث إلى غير ذلك من أسس وضوابط .

(ب) علاقة الدين بالقانون :

ويشترك هذا النوع من القواعد مع القانون فى أن كل منهما يتعلق بسلوك الانسان وتقويمه ، إلا أن هناك أكثر من وجه اختلاف بينهما .

١- الدين أوسع نطاقًا من القانون لأنه يهتم بالمثاليات والمعتقدات والحرص على نظافة النفس البشرية وسموها ، أما القانون فيقتصر على القدر اللازم لحفظ النظام فى الجماعة واستقرار التعامل فيها . فغاية القانون نفعية واقعية . فالدين يحرم الكذب بجميع صوره بينما يقتصر القانون على تحريم صور معينة منه فقط مثل الشهادة الزور أو التزوير .

٢-الدين يهتم بالنوايا والمقاصد ، فالأعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى ، أما القانون فيهتم بالسلوك الخارجى فقط ويحاسب عليه ولا يعتد بالنوايا فى ذاتها ، إلا إذا ظهرت إلى حيز الوجود فى شكل سلوك ظاهر يرتب آثاراً قانونية معينة.

٣- الجزاء على مخالفة القاعدة الدينية غالباً ما يكون جزاءاً دينيًا مؤجلاً إلى الحياة الآخرة ، مثال ذلك جزاء القاعدة التى تفرض الصوم أو الصلاة أو تحرم الربا . أما الجزاء فى القاعدة القانونية فيكون جزاءاً مادياً وحالاً توقعه السلطة العامة على من يخالفها .

إلا أنه ينبغى ملاحظة أن هناك الكثير من القواعد الدينية التى تكون مقترنة بجزاء مادى حال يجب توقيعه على من يخالف أحكامها مثل قطع يد السارق ، والقصاص وجلد الزانى وشارب الخمر ، وابطال العقود المخالفة لمقاصد الشريعة ونواهيها . ولكن تطبيق ذلك الجزاء يتطلب تدخل المشرع وادخال هذه القواعد فى نطاق القانون والعمل بها . أى أن أعمال الجزاء هنا لا يكون بوصفها قاعدة دينية بل باعتبارها قاعدة قانونية .

فالفروق السابقة بين الدين والقانون تكون واضحة إذا ظلت قواعد الدين بعيدة عن التطبيق ، أما إذا تبناها المشرع وطبق أحكامها من خلال صياغتها فى صورة قوانين ، فإنها

تكتسب صفة القاعدة القانونية وتصبح لها نفس خصائصها . وهذا ما يحدث فى كثير من الدول الاسلامية حيث يستمد المشرع الكثير من أحكام القانون من الشريعة الاسلامية ، كما فعل المشرع المصرى بالنسبة لكل مسائل الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وميراث ونسب وكثير من نصوص القانون المدنى ، وكذلك الحال النسبة للمشرع اليمنى حيث قام بتقنين أحكام الشريعة الاسلامية الغراء .

الفصل الثالث

أساس وجوهر القانون

يكمن موضوع هذا البحث فى تحديد أساس وأصل القانون والعوامل التى تؤثر فى تكوين ووجود القانون . وإذا تعددت هذه العوامل فما هو العامل الجوهرى الذى يؤثر فى نشوء القاعدة القانونية . فالمقصود هو بيان المادة الأولية التى تتكون منها القاعدة القانونية ، أى المصدر المادى أو الموضوعى الذى يستمد منه القانون مضمونه

يدور البحث حول الحكم الذى تحتويه القاعدة القانونية لمعرفة كنهه أو طبيعته أو مصدره ، هل هو وليد المصادفات البحتة ، أو أنه يتحدد وفقاً لهوى الارادة الشارعة فى الجماعة ، أم أن هناك عوامل معينة تفرض ذلك الحكم على المشرع .

يدخل ذلك البحث فى اطار فلسفة القانون ، حيث تعددت النظريات وتباينت الآراء . وسنحاول تبسيط أهم هذه الاتجاهات من خلال المدارس الأربعة الرئيسية فى هذا المجال وهى: المذاهب الشكلية ، المذاهب الواقعية ، المذاهب المثالية ، المذاهب المختلطة .

المبحث الأول

المذاهب الشكلية

les doctrines farmalistes

إن العامل المشترك بين المذاهب الشكلية يتمثل فى

اعتبار القانون مشيئة الدولة أى مشيئة من له السلطة العليا فى المجتمع ، فأصل القوانين هو من يملك السلطان فى المجتمع .

ويندرج هذا الاتجاه تحت اسم مذهب الوضعية القانونية positivisme jurdique التى تربط بين القانون والدولة . واصطلاح الوضعية هنا مستمد من اصطلاح القانون الوضعى . وقد نشأت الوضعية القانونية عن الوضعية الفلسفية القائمة على المنطق والتجربة والحقائق المادية من خارج منهج العلوم الطبيعية ، ولا تعترف بالميتافيزقيا أو ما وراء الطبيعة وتنكر ما يسمى بالقانون الطبيعى الخالد أو القواعد الأخلاقية المطلقة ، ولا تعترف إلا بالقانون الوضعى لأنه موجود فى الواقع فى دولة معينة فى زمان محدد .

وقد انقسمت الوضعية القانونية إلى اتجاهين : الأول شكلى يربط بين القانون والتشريع باعتياره التعبير الصريح عن ارادة الدولة ، والثانى واقعى لا يقتصر ، فى البحث عن القانون ، على التشريع ، بل فى المجتمع حيث يعيش القانون من ناحية التطبيق ، وحيث توجد التقاليد والأعراف ، ويطلق على الاتجاه الأول وضعية الدولة positivisme étatique والثانى الوضعية الاجتماعية positivisme sociologique .

يتفق أنصار المذهب الشكلى على ربط القانون بالدولة بصفتها صاحبة السلطة التى تستطيع الزام الغير بأوامرها . ولا يوجد سوى القانون الوضعى متمثلاً فى التشريع الذى تصدره الدولة . اختلف الفقهاء فيما وراء ذلك وخاصة فى تفسير ذلك المبدأ ، وتعددت الاتجاهات ، لذا نكتفى بأهمها : مذهب أوستن ، مذهب كلسن ، مدرسة الشرح على المتون ، ثم نعرض لنقد المذاهب الشكلية .

(أ) مذهب أوستن :

وهو فليسوف انجليزى يرى أنه لا وجود للقانون إلا من خلال عناصر ثلاثة : وجود مجتمع منظم توجد فيه هيئة حاكمة تباشر سلطان الدولة على طبقة محكومة . يصدر الحكام أمراً بعمل شئ أو بالامتناع عنه ، أى أن القانون يصدر فى صورة أمر أو نهى وليس مجرد نصيحة . يقترن هذا الأمر بجزاء دنيوى يوقعه الحاكم على من يخالفه .

ويترتب على هذا الاتجاه عدة نتائج أولها أن القانون الدولى العام ليس قانوناً بمعنى الكلمة نظراً لعدم وجود هيئة حاكمة فى المجتمع الدولى تأمر الدول باتباع قاعدة معينة وتتولى توقيع الجزاء على الدولة المخالفة . ونفس الشئ بالنسبة للقانون الدستورى لأنه يصدر بمحض ارادة الحاكم ولا يتقيد به إلا فى حدود مشيئته ولا يتصور أن يوقع الجزاء على نفسه . ومن جهة أخرى فإن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون باعتباره أوامر تصدر من الحاكم ، ولا يعتبر العرف مصدراً للقانون إلا بالقدر الذى يجيزه الحاكم . ويجب أن يتجه تفسير النصوص إلى الكشف عن ارادة الحاكم ، بغض النظر عن تغير الظروف التى وضعت فيها .

(ب) مذهب كلسن:

هو فقيه نمساوى من أبرز المؤيدين للوضعية القانونية ، ويرى كلسن أن القانون هو الدولة ذاتها ، فهو ليس تعبيراً عن ارادة الدولة ، بل أن هذه هى نفسها القانون ، ولا يوجد قانون غير الذى ينتج عن ارادة الدولة . والدولة ليست سوى التعبير عن وحدة النظام القانونى القائم فى بلد معين ، فهى مجموعة من القواعد القانونية التى تتدرج حسب مرتبتها تدرجاً هرمياً فى شكل هرم مقلوب . فالعقد يستند إلى القاعدة التى

تنظمه. ويستند الحكم القضائى والقرار الادارى إلى لائحة أو قاعدة قانونية . وتستند اللائحة إلى قواعد القانون العادى وقواعد القانون الدستورى ، وهذه بدورها تستند إلى قاعدة أصلية هى قمة الهرم .

ويترتب على ذلك وحدة القانون وعدم جواز تقسيمه ، وأن الدولة هى النظام القانونى نفسه ، ويجب أن يقتصر دور رجل القانون على التعرف على القانون كما هو كائن بغض النظر عن الضوابط الخلقية والمثل ومبادئ القانون الطبيعى لأنها ليست قانونية .

(جـ) مدرسة الشرح على المتون :

ويطلق عليها مدرسة تفسير النصوص Ecole de l'legèse، وهى تشابه نظرية أوستن من حيث أنه لا وجود للقانون خارج النصوص . فالتشريع هو المصدر الوحيد أو الأساسى للقانون باعتباره ارادة السلطة السياسية . وينبغى الوقوف عند التشريع دون غيره من المصادر .

ظهرت هذه المدرسة بفرنسا على يد مجموعة من الفقهاء بعد وضع التقنينات الفرنسية فى مطلع القرن التاسع عشر . نظر الشراح إلى هذه التقنينات نظرة احترام وتقديس ومهابة، واعتبروها القانون الكامل ، وأخذوا يشرحونها بنفس التبويب والترتيب وأرقام النصوص .

فالنصوص التشريعية هى الأساس لأنها تناولت كل شئ وحوت حلولاً لكل المشاكل ، ولا توجد قاعدة قانونية خارج تلك النصوص . ولا يتصور اللجوء إلى مصدر أخر للبحث عن قاعدة ملزمة . فالتشريع هو المصدر الوحيد للقانون . ولا يعتبر العرف مصدراً للقانون إلا بناء على اجازة المشرع

الضمنية . ولا يملك العرف أن يعدل التشريع أو يلغيه .

ونظراً لأن التشريع تعبير عن ارادة المشرع ، فإنه يتعين البحث عن هذه الارادة وقت وضع التشريع ، وذلك من خلال صياغة النص ذاته أو باللجوء للأعمال التحضيرية التى صاحبت وضعه . فإذا لم تكن نية المشرع الحقيقية واضحة فإنه يعتد بنيته المفترضة ، أى النية التى نفترض نحن أن المشرع كان يقصدها لو أنه أراد أن يضع حلاً للمشكلة القائمة . ولا يجوز البحث عن النية الاحتمالية للمشرع ، أى النية التى كان من المحتمل أن يقول بها المشرع إذا وضع النص فى الوقت الذى يطبق فيه أى فى ظروف مختلفة عن تلك التى أحاطت اصداره . فالعبرة بنية المشرع الحقيقية أو المفترضة عند وضع النص ، دون النية المحتملة عند تطبيقه.

ويجب على القاضى تطبيق النص كما هو ولو كان معيبًا . وينبغى تغليب القانون الوضعى على القانون الطبيعى. ويؤدى ذلك إلى اطلاق ارادة المشرع وسلطان الدولة وقوتها .

(د) نقد المذاهب الشكلية :

تعرضت المذاهب الشكلية للعديد من الانتقادات أهمها :

أولاً : تقتصر على الجانب الشكلى دون البحث عن مضمون وجوهر القانون ، فهى لا تنفذ إلى صميم القاعدة للتعرف على طبيعتها وتطورها وكيفية نشأتها .

ثانياً : تتسم بالنزعة الاستبدادية ، حيث تؤدى إلى اطلاق سلطة الدولة ، فالقانون هو التعبير المطلق عن ارادتها التى لا حدود لها ، ولا يجوز البحث عن مدى عدالتها أو تحقيقها للصالح العام . فالقوة هى القانون والقانون يكون فى خدمة القوة .

ثالثاً : النظرة الضيقة إلى القانون وربطه بالدولة وحصر مصدره فى التشريع ، مع أنه من الثابت وجود القانون فى الجماعات البدائية فى شكل عرف قبل ظهور الدولة بمعناها الحديث . والواقع أن العرف قانون قبل أن يطبقه القاضى ، فللعرف قوة ذاتية مستمدة من ضمير الجماعة دون انتظار اجازة الحكم .

المبحث الثانى

المذاهب الواقعية

Ecole réaliste

يبحث الاتجاه الواقعى عن القانون فى الواقع أى فى المجتمع حيث يعيش القانون فى التطبيق . ويطلق على هذا الاتجاه مذاهب الوضعية الاجتماعية positivisme sociologique ، وذلك بالمقابل لمذهب الوضعية القانونية السابق دراسته والذى يربط القانون بالدولة ويحصره فى نطاق التشريع.وقد تعددت المذاهب الواقعية لعل أبرزها : المذهب التاريخى ، ومذهب التضامن الاجتماعى .

المطلب الأول

المذهب التاريخى

L'Ecole historique

(أ) مضمون المذهب التاريخى

ترتكز هذه المدرسة على الواقع التاريخى كحقل خصب للبحث عن أصل القانون ، وتقوم على الأسس الآتية :

١- القانون ليس من خلق ارادة المشرع أو السلطان ،

ولكنه من صنع الزمن ونتاج التاريخ ، فهو ينشأ مع الجماعة متكيفاً بمعيشتها ، ويتأثر بظروفها الاقتصادية والجغرافية والاجتماعية ، إذ هو وليد الماضى ونتيجة حاجات الجماعة وما يتفاعل فى وجدانها من عوامل . ينشأ القانون فى ضمير الجماعة ويتطور ذاتياً دون أن تلعب ارادة الانسان دوراً ما فى تطوره . وهو لا يختلف فى ذلك عن سائر الظواهر الاجتماعية ، كاللغة والأخلاق والعادات . القانون ليس نتاج التفكير والاستنباط ، وإنما هو وليد البيئة الاجتماعية ، ويتكون تلقائياً فى المجتمع وينمو فيه ويساير تطوره .

٢- ينشأ القانون نشوءاً ذاتياً فى المجتمع ، وينبعث عن وجدان الجماعة بطريقة غير محسوسة ، فهو ثمرة الماضى البعيد والتراث المتوارث ، ولا يتأتى دور المشرع إلا بعد نشوئه ، فعمله لا يعدو أن يكون تسجيلاً لقواعده . يقتصر دور المشرع على تبين القواعد التى توارثناها ومراقبة تطورها والاكتفاء بتسجيل هذا التطور فى نصوص قانونية . إن مصدر القانون الوضعى والقوة الخلاقة له هى الأمة كوحدة معنوية أو روحية دائمة يوجد بين أفرادها صلات وروابط اجتماعية ومؤثرات ومعيشة مشتركة ، وهى لاتقتصر على جيل واحد ، بل هى سلسلة تتعاقب داخلها الأجيال ويتصل فيها الماضى بالحاضر بالمستقبل .

٣- يعتبر العرف هو المصدر المثالى للقانون لأنه تعبير مباشر وتلقائى عن ضمير الجماعة ، ويتطور مع حاجات الجماعة وميولها . ولذلك فهو يفضل التشريع ، ويستطيع أن يلغيه أو يعدله . ومن هنا جاء عداء أنصار المدرسة التاريخية لفكرة تجميع وتدوين القوانين ، حيث تقوم الخشية من أن يؤدى ذلك إلى تجميد نصوص القانون والوقوف كعقبة أمام

تطوره وهم يرفضون كذلك فكرة وجود قانون طبيعي ثابت صالح لكل زمان ومكان ، بل أن القوانين تتعدد وتختلف باختلاف الأمم وتتغير بحسب الزمان والمكان .

(ب) نقد المذهب التاريخي :

١- لا شك أن للمدرسة التاريخية فضل كبير في ابراز دور العوامل التاريخية والطبيعية والاقتصادية في تكوين القانون وتطوره ، فالقانون لا يتمثل في قواعد جامدة وثابتة خالدة كما يدعى أنصار القانون الطبيعي ، ولا يمكن انكار دور الواقع الاجتماعي والعامل التاريخي في ظهور القاعدة القانونية وفي تطورها .

٢- ولكن يعاب على المذهب التاريخي مغالاته في ربط القانون بالجماعة وانكار دور الارادة الانسانية في تكوين وتطوير القانون . فالمشرع يمكن أن يلعب دوراً هامًا في اختيار أو تعديل القواعد القانونية بما يناسب حاجات ومصالح الأمة . ويبذل الأفراد ، أحيانًا ، جهداً ملحوظاً من أجل تغيير وانشاء القانون ، فكثير من القواعد احتاجت لكفاح مرير من جانب المحكومين من أجل الوصول إليها ، مثل قواعد قانون العمل ونظم التأمين الاجتماعي .

٣-ثبت عدم صحة مخاوف المدرسة التاريخية تجاه فكرة التقنين ، بل انتشرت حركة التقنينات في كثير من البلاد ، ولعبت دوراً ملحوظاً في النهوض بالقانون من خلال التدوين والقابلية للتعديل . ومن جهة أخرى فقد ثبت عدم صحة القول بأن قانون كل دولة خاص بها ووليد بيئتها وظروفها ، حيث تم اتحاد كثير من الدول لتطبق قانوناً موحداً ، بل أن الكثير من البلاد قد اقتبست قوانين أمم أخرى ولاقت نجاحاً ملحوظاً .

المطلب الثاني
مذهب التضامن الإجتماعي
La doctrine de la solidarité sociale

(أ) مضمون مذهب التضامن الاجتماعى

يدخل هذا المذهب ضمن مذاهب الوضعية الاجتماعية التى ترفض البحث عن القانون فى المبادئ العليا التى يكتشفها العقل أو فى ارادة الدولة وما تصدره من تشريعات ، فهم لا يعترفون بغير الوسيلة المادية كطريقة للبحث عن القانون وعوامل ظهوره وتطوره . يجب البحث عن مصدر القانون فى الوسط الاجتماعى أى فى عناصر الواقع التى تتحرك وتفرض حكمًا معيناً . فالقانون ظاهرة اجتماعية تترجم رغبة المجتمع فى الحياة والتقدم . والسبيل الوحيد للوقوف على عوامل الواقع التى تنشئ القانون ، هو الملاحظة والتجربة المادية .

اتبع « ديجى Duguit » تلك الطريقة العلمية الوضعية وأسس مذهب التضامن الاجتماعى . وبدأ مذهبه بانكار كل مالم يقم على صحته دليل واقعى محسوس ، لأنه ضرب من الخيال والأوهام ، ويخرج عن الواقع المعلوم إلى دائرة المجهول الذى يجاوز الطبيعة . لذا فإنه قد أنكر كثير من الأفكار والأسس التى يقوم عليها القانون ، كالقانون الطبيعى والمثل العليا ، وفكرة الحق والشخصية القانونية بوجه عام وشخصية الدولة بوجه خاص .

بدأ ديجى بتسجيل الحقائق الواقعية التى تقطع بصحتها المشاهدة والتجربة . ولعل أول هذه الحقائق أن الانسان كائن اجتماعى لابد وأن يعيش فى مجتمع مع غيره من الناس ، ولا

يستطيع الانسان تحقيق مصالحه إلا بالتعاون مع الآخرين ، سواء عن طريق ضم الجهود لكفالة المصالح المشتركة ، أم عن طريق تبادل المنافع فيما بينهم . وتؤدى الحاجة إلى التعاون إلى ايجاد رابطة التضامن بين الأفراد فى المجتمع . ولتأكيد هذا التضامن لابد من قواعد تنظم سلوك الأفراد وفقاً له .

إن شعور الأفراد بوجود التضامن بينهم هو أصل القانون وأساس قوة الالزام فيه . من هنا ولدت فكرة الأصل أو الحد الاجتماعى الذى يوجب الامتناع عما يخل أو يضر بالتضامن الاجتماعى ، والعمل على تحقيق هذا التضامن وتنميته . والقاعدة القانونية هى الحد الفاصل بين الأعمال التى يجب القيام بها وتلك التى يجب الامتناع عنها تحقيقًا للتضامن الاجتماعى . وهذا هو الأصل الذى تتفرع عنه كل القواعد الاجتماعية .

والأصل الاجتماعى إما أن يكون مجرد أصل اقتصادى بحكم نشاط الأفراد الذى يتصل بانتاج وتداول واستهلاك الثروات ، والجزاء على مخالفته هو الخسارة المحققة فى الثروة ، وقد يكون أصلاً أخلاقياً يرسم طريقة السلوك بما يتفق والآداب العامة فى المجتمع ، والجزاء على مخالفته هو استنكار الناس . وقد يرتفع الأصل الاقتصادى أو الأخلاقى إلى مرتبة الأصل القانونى ويتخذ الجزاء على مخالفته صورة الاجبار الاجتماعى عن طريق استخدام القوة المنظمة التى تحتكرها الحكومة . ويصبح الأصل قانونياً إذا أدرك أفراد الجماعة أن احترامه ضرورى لحفظ التضامن الاجتماعى ، وأن كفالة هذا الاحترام تقتضى استخدام قوة الاجبار الاجتماعى .

لم يكتف ديجى بالشعور بالتضامن الاجتماعى كأساس للقاعدة القانونية ، بل أضاف إليه أساس آخر هو شعور العدل. وهذا الشعور لا يقصد به التعبير عن مثل أعلى للعدل أو عن فكرة العدل ذاتها ، لأن ذلك أمر غير محسوس لا يتفق مع المذهب ، ولكن يقصد به الشعور القائم فعلاً لدى الأفراد فى المجتمع بما هو عدل وبما ليس بعدل . وهو شعور خاص بالطبيعة الانسانية وليس فكرة عقلية مطلقة يستخلصها العقل . أن أساس الالزام فى القانون ، عند ديجى ، يكمن اذن فى كل من الشعور بالتضامن الاجتماعى والعدل .

(ب) نقد مذهب التضامن الاجتماعى :

لا شك فى فضل هذا المذهب فى زعزعة الاعتقاد السائد بأن القانون مجرد عمل عقلى بحت ، وابراز دور الحقائق الواقعية المستمدة من الحياة الاجتماعية فى مجال نشأة وتطور القاعدة القانونية . ولكن مذهب ديجى تعرض للعديد من الانتقادات أهمها :

١- إن المنهج الواقعى التجريبى الذى يقوم عليه المذهب أمر يصدق فى شأن العلوم الطبيعية التى تتحقق آليًا بمجرد تحقق أسبابها ، وتخضع للأحكام التقريرية التى تسجل الواقع الذى شهدت به التجربة . أما القانون فظاهرة ارادية تخضع لمبدأ الغاية حيث توضع القواعد القانونية لتحقيق هدف معين تغياه الفكر الانسانى فى الجماعة ، ومن ثم فإن الكثير من هذه القواعد ذات طبيعة تقويمية ، أى تعطى للواقع قيمة معينة على ضوء المثل العليا التى يفرضها العقل . فالقانون لا يقتصر على تقرير ما هو كائن ، بل يتضمن ما ينبغى أن يكون ، ومن ثم فهو ينتقل من الواقع إلى الواجب

من خلال العقل والتفكير . إن القانون عمل تقويمى يقوم به العقل فيما وراء المحسوس ، ومن ثم فإن اخضاعه للمنهج التجريبى الواقعى يتعارض مع طبيعته ووظيفته .

٢- يقتصر ديجي على الواقع التجريبى ويرفض كل ما وراء المحسوس ، إلا أنه يناقض نفسه ومنهجه ، فهو يؤسس القاعدة القانونية على التضامن الاجتماعى بين الأفراد كحقيقة ثابتة بالمشاهدة والتجربة ، ويترك واقع تجريبى آخر هو التنافس والتنازع بين الأفراد فى المجتمع ، فلماذا اختار ديجى شعور التضامن دون شعور التنازع كأساس للقاعدة القانونية . إن هذا الاختيار قد تم بالضرورة بعد تقويم كل من الشعورين على ضوء مثل أعلى يستخلصه العقل .

ومن جهة أخرى فإن التضامن فيه الصالح والطالح ، ولا شك أن ديجى لم يقصد التضامن أياً كان ، بل يقصد التضامن فى الخير والعدل كأساس للقانون ، وهو بذلك يصدر حكماً تقويميًا على التضامن بالقياس على مثل أعلى يستخلصه العقل ، وهو ما يخرج به عن دائرة الواقع المحسوس الذى يلتزمه .

٣- أضاف ديجي إلى الشعور بالتضامن كأساس للقاعدة القانونية ، أساساً آخر هو الشعور بالعدل ، ولكنه نظر إلى العدل باعتباره الشعور القائم فعلاً لدى أفراد المجتمع ، ورفض فكرة العدل باعتباره مثلاً أعلى قائمًا بذاته ، وهو يقصد العدل كشعور شخصى صادر من الأفراد وليس كفكرة مثالية مجردة أو حقيقة ثابتة يستخلصها العقل . ولا شك أن الاعتماد على شعور الأفراد يؤدى إلى خطر تحكيم الأهواء والنزعات والعقائد .

المبحث الثالث

المدرسة المثالية l'ecole Idéaliste

(مذهب القانون الطبيعى)

la doctrine du doit naturel

(أ) القانون الوضعى والقانون الطبيعى :

يقوم مذهب القانون الطبيعى على التفرقة بين القانون الوضعى والقانون الطبيعى ، وأن القانون الطبيعى هو أساس القانون الوضعى .

ويقصد بالقانون الوضعي droit positive مجموعة القواعد القانونية النافذة فعلاً والتى يعمل بها فى دولة معينة فى زمن معلوم ، بصرف النظر عن مصدر تلك القواعد ، فقد يكون مصدرها التشريع أو العرف أو الدين . وتختلف قواعد القانون الوضعى بحسب الزمان والمكان طبقاً للظروف الخاصة بكل دولة ، وتتميز هذه القواعد بالوضوح والتحديد . ويمكن تبين حدود القانون الوضعى ومضمونه لأنه شئ واضح ملموس .

أما القانون الطبيعى فهو ليس بنفس الوضوح والتحديد . فهو فكرة مبهمة غير واضحة المعالم ، ويقصد به مجموعة القواعد العامة الثابتة الأبدية الصالحة لكل زمان ومكان لأنها تصدر عن طبيعة الأشياء . فالقانون الطبيعى كامن فى طبيعة الروابط ويكشف عنه الانسان بعقله وتفكيره . وهو المثل الأعلى والأساس للقانون الوضعى . ويجب على المشرع أن يعمل على الاحتذاء به والتقرب منه . وكلما قرب القانون الوضعى من القانون الطبيعى كان أقرب إلى الكمال

والقانون الطبيعى فكرة قديمة مرت بمراحل عديدة واتخذت صوراً مختلفة على مر العصور نعرض لها فيما يلى:

(ب) القانون الطبيعى عند اليونان:

وجدت فكرة القانون الطبيعى عند فلاسفة اليونان ، فقد شد اهتمامهم النظام الثابت الذى تسير عليه أمور الكون ، سوا فى ذلك الظواهر الطبيعية أو المخلوقات ، فهناك قوانين ثابتة تخضع لها حركة الكون من فلك وتضاريس وماء ومناخ وحياة وموت .. كما أن الناس يسيرون فى معاملاتهم على قواعد متشابهة وسنن لا تتبدل ، فهناك قواعد تتمتع بنفس الثبات والخلود وتنظيم الروابط الانسانية فى المجتمع . تكمن هذه القواعد فى الطبيعة وبالذات فى الطبيعة الانسانية ويكتشفها العقل . ومن هنا نشأت فكرة القانون الطبيعى للتعبير عن مجموعة القواعد التى أودعتها الطبيعة فى الكون لتنظيم أعمال البشر . وقد ربط فلاسفة اليونان بين القانون الطبيعى والعقل ، فالعقل هو وسيلة التعرف على قواعده ، والقانون الطبيعى هو ما يقضى به العقل .

وقد استخدمت فكرة القانون الطبيعى لدى اليونان لتبرير اتجاهين متعارضين . فقد استند إليها البعض لتدعيم قوة القوانين الوضعية باعتبار هذه القوانين معبرة عن القانون الطبيعى الأزلى . ومن ثم يجب طاعتها حتى ولو كانت ظالمة . فهم يكنون الاحترام للدولة ورؤية العدل من خلال قوانينها ، بل ذهب سقراط إلى القول بأن طاعة قوانين الدولة هى أول واجبات المواطن ، حتى ولو كانت هذه القوانين سيئة.

بينما لجأ البعض إلى فكرة القانون الطبيعى كوسيلة للحد من سلطان القانون الوضعى ، على أساس أنه عبارة عن ارادة الحاكم ، فلا ينبغى احترام قواعد القانون الوضعى إلا

إذا وافقت القانون الطبيعى . ويجب الخضوع للقانون الطبيعى الذى يعلو سلطانه على القوانين الوضعية التى تضعها الدولة.

وقد تبنى ارسطو هذا الاتجاه الأخير حيث ذهب إلى أن القانون الوضعى يجب أن يسعى إلى تحقيق ما يقضى به القانون الطبيعى . فالقانون ينبغى أن يكون معبراً عن العدل ، وعلى المشرع أن يستوحى أحكامه من مبادئ العدل التى يستوحيها عن طريق التفكير العقلى السليم المجرد عن العواطف والمصالح . ومن الصعب وصول القانون الوضعى لهذا الهدف لأنه عبارة عن قواعد عامة مجردة تطبق على وقائع غير متناهية يصعب حصرها فى الحياة العملية ، وقد لا تتلائم معها القاعدة العامة . ولهذا يتعين اللجوء إلى العدالة لعلاج النقص والعيب الذى يوجد فى القانون الوضعى . ويقصد بالعدالة هنا البحث عن الحل القانونى المناسب لكل حالة على حدة .

(جـ) القانون الطبيعى عند الرومان :

اتخذت فكرة القانون الطبيعى لدى الرومان طابعاً قانونياً بعد أن كانت ذات صبغة فلسفية عند اليونان . تأثر الرومان بالفسلفة اليونانية واعتبروا القانون الطبيعى القانون المثالى الذى يتكون من مجموعة قواعد ثابتة لا تتغير بتغير الزمان والمكان ، فهى ذات طبيعة أبدية موجودة فى الطبيعة يدركها الانسان بالعقل . إن القانون الطبيعى قانون ثابت وسابق على القوانين الوضعية ، غير قابل للتغير ، وليس من صنع الانسان ، بل تفرضه الطبيعة ذاتها ويمليه العقل المستقيم المتفق مع نظام الأشياء .

وقد فرق فقهاء القانون الرومانى بين القانون المدنى jus

civile وقانون الشعوب jus gentium . وقد كان القانون المدنى فى ذلك العصر القانون الوضعى الذى يطبق على الرومان بعضهم وبعض دون الأجانب ، وهو قانون شكلى يبالغ فى الاهتمام بالأوضاع الشكلية التى كان يترتب على عدم مراعاتها أو اهمالها ضياع الحق على صاحبه . أما قانون الشعوب فقد كان يطبق على الأجانب فى معاملاتهم فيما بينهم وفى علاقاتهم بالرومان ، وكان يتسم بالبساطة والبعد عن الشكليات .

وتم استخدام مصطلح « قانون الشعوب » للتعبير عن معنى أخر هو القانون المشترك بين جميع الشعوب لأنه يتضمن مجموعة القواعد التى تعبر عن الحاجات الأولية المشتركة بين كل الناس لما لها من صفة عقلية طبيعية ، ونظراً لعموم تطبيق هذه القواعد ، فقد اعتبرها البعض بمثابة القانون الطبيعى . وهكذا انتقل المعنى الفلسفى عند اليونان إلى قواعد وضعية عند الرومان . وقد كان لهذا القانون أثر بالغ فى تطوير القانون المدنى وتخلصه من الشكلية والتعقيد . ولكن البعض الآخر فرق بوضوح بين الفكرتين ، فقانون الشعوب لا يعدو أن يكون قانوناً وضعيًا لا يتطابق بالضرورة مع القانون الطبيعى الذى يصدر عن طبيعة الأشياء ويستخلصه العقل . ويتضح ذلك بالنسبة لنظام الرق الذى كان يقره قانون الشعوب بينما ينكره القانون الطبيعى حيث يقرر أن جميع الناس يولدون أحراراً .

وقد استخدم بعض الفقهاء لفظ القانون الطبيعى فى معنى واسع يصرفه عن مدلوله القانونى ، فقصدوا به القانون المهيمن على نشاط الكائنات الحية جميعاً من انسان وحيوان، أى مجموعة القواعد العامة التى تخضع لها جميع الكائنات .

(د) القانون الطبيعى فى القرون الوسطى :

تلقف رجال الكنيسة فى القرون الوسطى فكرة القانون الطبيعى وصبغوها بصبغة دينية ، وصار القانون الطبيعى هو ذلك القانون الالهى الأزلى الذى وضعه الله تعالى ، وهو بذلك يسمو على القانون الوضعى . فالله سبحانه وتعالى هو واضع نظام الكون ، ويجب أن تجرى علاقات الناس فى المجتمع وفق القانون الالهى الأزلى الذى يصل إلينا من طريق الوحى والشعور لا من طريق العقل .

وقسم فقهاء الكنيسة القانون إلى ثلاثة أقسام : الأول هو القانون الالهى والأبدى الذى يحمل مشيئة الله تعالى ، وهو ارادة الله التى تهيمن على العالم ، ويصل إلينا هذا القانون عن طريق الوحى والشعور ، وهو مسألة ايمان واعتقاد لا مسأة عقل واستدلال ، ولا يستطيع العقل أن يدركه على حقيقته ، حيث يحتاج ذلك الايمان الراسخ والبصيرة المستنيرة . والثانى هو القانون الطبيعى وهو منتهى ما يمكن للانسان أن يدركه بعقله من القانون الالهى.والثالث هو القانون الانسانى أو الوضعى ، وهو من صنع الانسان ويتم استنباطه من القانون الطبيعى لتطبيقه على مختلف الجماعات .

وينبغى أن يطابق القانون الوضعى القانون الطبيعى ، وفى حالة المخالفة وجب مع ذلك طاعته لأن النفع الذى يعود من الطاعة أكبر من الضرر الناتج عن العصيان ، وفى ذلك تغليب للصالح العام على الصالح الخاص ، وهو ما يتفق مع أصول القانون الطبيعى . ولكن لا ينبغى اطاعة القانون الوضعى إذا تضمن مخالفة للقانون الالهى .

يتضح مما سبق تطور سياسة الكنيسة واستخدامها

فكرة القانون الطبيعى لخدمة أهدافها . فبعد أن كانت الكنيسة تفصل بين السلطة الدينية والسلطة المدنية أى بين الدولة والكنيسة ، أصبحت تُخضع السلطة المدنية للسلطة الدينية ، حيث أرادت الكنيسة أن تمكن لسلطان البابا على سلطان الملوك ، فقررت أنه لا طاعة للقانون الوضعى فى معصية القانون الالهى الذى يختلط معه القانون الطبيعى . وبذلك تم استخدام فكرة القانون الطبيعى لفرض سيطرة الكنيسة فى العصور الوسطى وحل النزاع القائم بين السلطة الدينية والسلطة الزمنية .

(هـ) القانون الطبيعى فى العصر الحديث :

١- أدت سيطرة الاقطاع وهيمنة الكنيسة وسيادة الظلم فى العصور الوسطى فى أوروبا إلى انفجار الأوضاع وبدء تكون الدول الحديثة ، وظهور مبدأ سيادة الدولة ، والاطاحة بسيادة الكنيسة وسلطانها . ولتأكيد ذلك غالى بعض الكتاب فى المناداة بذلك المبدأ رغبة فى التمكين لفكرة الوطنية والاستقلال . فدعا مكيافيل machiavel وبودان Bodin إلى **سيادة الدولة المطلقة** ووضع صاحب السلطان فوق الأخلاق والقانون ، ويجوز له تأكيد سلطانه بكل الوسائل من قوة وخداع وخروج على القانون . أدت تلك المغالاة إلى **ذبول فكرة القانون الطبيعى** ، وطغيان الدولة على حريات وحقوق الأفراد ، وتحكم القوة فى تنظيم العلاقات بين الدول .

٢- أدى الطغيان وسيادة القوة على النحو السابق إلى ظهور الرغبة الملحة فى استنشاق عبيرالعدل والمثل العليا من جديد ، فعادت فكرة القانون الطبيعى إلى الظهور من جديد على يد جروسيوس grotius بعد أن جردها من الصفة الدينية التى أسبغتها عليها الكنيسة فى القرون الوسطى ،

وذلك لتحرير القوانين الوضعية من رجال الدين . وأسس جروسيوس وبوفندروف puffendorf **المذهب التقليدى للقانون الطبيعى** . يقوم هذا المذهب على أن الانسان اجتماعى بفطرته ، يتميز عن سائر المخلوقات بما حباه الله من عقل يرشده ويوجهه فى حياته إلى ما يجب اتباعه من قواعد فى المجتمع كى يتهيأ له الاستقرار والتقدم . هذه القواعد هى ما يسمى بالقانون الطبيعى .

القانون الطبيعى اذن هو مجموعة القواعد التى يستخلصها العقل المستقيم من طبيعة الأشياء والروابط الانسانية . إن طبيعة الأشياء أو طبيعة الروابط الاجتماعية هى التى توحى بمضمون القاعدة القانونية ، حيث يكشف عنها العقل البشرى بما أوتى من قوة التفكير ، وتقتصر وظيفة السلطة العامة على اصدارها . مؤدى ذلك أن القانون الوضعى يقوم على ما يكشفه العقل من القواعد الطبيعية التى تهيمن على الروابط الانسانية . ولما كانت الطبيعة الانسانية عامة وثابتة ، فإن القانون الطبيعى يكتسب منها صفة الوحدة والثبات والخلود ، فلا يتغير فى الزمان أو المكان ، وهو يسبق القوانين الوضعية ويعلو عليها ، ويجب على المشرع السعى إلى تحقيقه فيما يسنه من تشريعات .

٣- سادت تلك النظرية فى القرنين السابع عشر والثامن عشر ، واحتلت أفكار القانون الطبيعى مكان الصدارة ، فلم تعد مجرد أفكار فلسفية أو وسيلة فقهية لتطوير القانون الوضعى ، بل أخذت طابعاً سياسيًا واجتماعياً وتضمنت **نواة المذهب الفردى** الذى يسعى لتمجيد الفرد والدفاع عن حريته وحقوقه الأصلية التى ولدت معه . فالعقل يفرض وجود حقوق طبيعية للانسان لصيقة به تولد معه قبل نشوء الحياة

الاجتماعية ، مترتبة على صفته الانسانية وتعد هذه الحقوق مبدأ أساسى من مبادئ القانون الطبيعى . ويجب على القوانين الوضعية اقرار هذه الحقوق وتأمين التمتع بها وكفالتها للأفراد .

وينبغى ملاحظة « الفرق الواضح بين المذهب التقليدى للقانون الطبيعى ، وبين ما انتهى إليه على يد فلاسفة المذاهب الفردية : بعد أن كان جروسيوس ومن تبعه من الفقهاء يؤسس القانون على طبيعة الأشياء ، أو طبيعة الروابط الاجتماعية ، ويجعل العقل وحده وسيلة الكشف عنه باعتباره قانوناً مثالياً ، أصبح فلاسفة المذاهب الفردية يرون مصدره فى حالة العزلة السابقة على وجود المجتمع ، ودأبوا إلى الكشف عنه عن طريق تحديد حقوق الانسان الطبيعية التى كان يتمتع بها قبل دخوله ذلك المجتمع » .

٤- شهدت فكرة القانون الطبيعى رواجًا ملحوظًا فى القرن الثامن عشر ، فقد أصبحت فكرة قانونية ، بعد أن كانت فكرة فلسفية فى العصور الأولى ، وفكرة دينية فى العصور الوسطى . أصبح القانون الطبيعى نظرية قانونية بحتة تتضمن قواعد جزئية تفصيلية لمواجهة كافة المشاكل العملية . لم تعد مهمة القانون الطبيعى قاصرة عل تحديد المبادئ الأساسية والموجهات المثالية التى يلتزم المشرع باحترامها فى القانون الوضعى ، بل أصبح القانون الطبيعى قانوناً مثالياً كاملاً يحتوى على تنظيم كامل لجميع العلاقات الاجتماعية . ويجب على مشرع كل دولة نقل هذا القانون إلى قانونه ، ويلتزم القاضى باللجوء إليه فى حالة قصور القانون الوضعى عن مواجهة بعض المشاكل . وتزول بذلك الفروق بين القانون الطبيعى والقوانين الوضعية .

٥- عاصر فكرة القانون الطبيعى طوال القرنين السابع عشر والثامن عشر فكرة **العقد الاجتماعى** contrat social ، التى اختلف أنصارها فى تحديد مضمونها :

فيرى هوبز Hobbes أن الانسان كان يتمتع فى الأصل بحرية مطلقة ونظراً لأن من شأن هذه الحرية أن تؤدى إلى الفوضى فإن الأفراد قد أبرموا فيما بينهم عقداً اجتماعيًا ينقلهم من حالة الفطرة إلى حالة منظمة . ولم يكن السلطان طرفًا فى هذا العقد الذى بمقتضاه تنازل الأفراد عن كل حرياتهم ووضعوها بين يدى السلطان ، وهذا التنازل كامل ولا رجعة فيه ، ويتمتع السلطان بذلك بمطلق الحرية فى التنظيم ، ويكون كل ما يأمر به عدلاً حتى لو تضمن نوعاً من الاستبداد لأن ذلك أفضل من الفوضى .

ويرى لوك Locke أن العقد أبرم بين الشعب والسلطان ، حيث تنازل الأفراد عن جزء من حرياتهم الطبيعية واحتفظوا بالجزء الباقى ، ويجب على السلطان حماية ذلك الجزء إلى جانب العمل على تحقيق الصالح العام ، فإذا أخل السلطان بالتزامه جاز للشعب فسخ العقد ، وتصبح الثورة عليه مشروعة .

أما روسو J.J. Rousseau فيرى أن العقد الاجتماعى أبرم بين جميع أفراد الشعب على أن يتنازلوا عن حرياتهم الفطرية للشعب نفسه ، فليس هناك سلطان سوى الشعب نفسه ، واستعاضوا عن هذه الحريات الطبيعية التى تم التنازل عنها بحريات مدنية محدودة ، وأقاموا وكيلاً عنهم للاشراف على حرياتهم ويكفل لهم التمتع بها ، هذا الوكيل هو السلطان الذى لهم حق عزله إذا أخل بواجبات الوكالة .

٦- انتصر مذهب القانون الطبيعى على يد **الثورة**

الفرنسية فى أواخر القرن الثامن عشر ، حيث تأثرت بنظرية روسو ، وصدر **اعلان حقوق الانسان والمواطن** عام ١٧٨٩ ونص فى مادته الثانية عى أن الغاية من كل مجتمع سياسى هى المحافظة على حقوق الانسان الطبيعية التى لا تزول ، وهذه الحقوق هى الحرية والملكية والأمن ومقاومة التعسف . وأصبح القانون الطبيعى بذلك مذهبًا رسميًا يتضمنه اعلان رسمى بعد أن كان مجرد فكرة ينادى بها الفلاسفة والفقهاء وتأثرت به القوانين الوضعية التى صدرت خلال تلك الفترة . وصدر مشروع التقنين المدنى الذى وضعه نابليون لينص على أنه يوجد قانون لا يتغير ، هو مصدر كل القوانين الوضعية التى صدرت خلال تلك الفترة . وصدر مشروع التقنين المدنى الذى وضعه نابليون لينص على أنه يوجد قانون لا يتغير ، هو مصدر كل القوانين الوضعية ، هذا القانون ليس سوى العقل الطبيعى من حيث أنه يحكم كل البشر .

وتجاوب الفليسوف كانت kant مع الثورة الفرنسية وأفكارها ، وأسس فلسفته القانونية على أن الانسان قيمة ذاتية مطلقة ، وهو الذى يضع قانونه بنفسه أى بعقله . ونظراً لوحدة العقل بين أفراد الناس فإنه يستخلص قواعد عالمية ثابتة تحكم سلوك الانسان فى المجتمع ، ويجب على المشرع التقيد بهذه القواعد فيما يضع من تشريعات .

٦- تعرضت نظرية القانون الطبيعى لنقد جارح خلال القرن التاسع عشر على يد أنصار المدرسة التاريخية التى شككت فى صحته وقللت من أنصاره ، فقد شهد هذا العصر تطورات اقتصادية واجتماعية هامة أدت إلى ظهور أفكار جديدة مناقضة للقانون الطبيعى تتمثل فى المذهب الوضعى بجميع

صوره إلى جانب الفكر الماركسى .

شهد هذا العصر ازدهار الصناعة واستخدام الآلات وانتشار المشروعات الكبيرة والاحتكارات الضخمة ، واختل التوازن السياسى والاجتماعى بسبب سوء استغلال الطبقة العاملة على يد الراسمالية . وأصبحت الحرية والمساواة وسيلة لتبرير ظلم واهدار حقوق العمال .

ركزت المدرسة التاريخية هجومها على القانون الطبيعى من ناحية انكار وجود قواعد عامة أزلية صالحة لكل زمان ومكان . فالقانون ، لدى هذه المدرسة كما عرضنا ، وليد البيئة الاجتماعية وما يحيط بها من ظروف مختلفة . جغرافية واقتصادية واجتماعية ، وهو لذلك يختلف من بيئة لأخرى ، ومتطور دائماً فى الزمان ، ولا يخضع فى نشأته أو تطوره لتحكم الشارع ولا لمجرد وحى العقل . ويؤكد ذلك أن تفكير الانسان يختلف فى طريقته ومداه من شخص لآخر بسبب عدم اتفاق الأشخاص فى عواطفهم الخاصة وفى درجة ثقافتهم وفى ظروف بيئتهم الاجتماعية ومعتقداتهم الدينية .

وقد هوجمت كذلك النزعة الفردية التى لازمت مذهب القانون الطبيعى ، تلك النزعة التى تقدس الفرد بحقوقه الطبيعية وتجعل المجتمع والقانون فى خدمته ، فقد ظهرت المذاهب الاجتماعية التى تنادى بتقديم حقوق الجماعة والمصلحة العامة على حقوق الأفراد ومصالحهم الخاصة ، وجعل القانون وسيلة حماية الجماعة فى مجموعها ولو أدى ذلك إلى التضحية بالمصلحة الفردية .

(و) القانون الطبيعى ذو المضمون المتغير :

حاول أنصار القانون الطبيعى احياء الفكرة من جديد فى

مطلع القرن العشرين ، واخراجها من حالة الضعف التى عانت منها بسبب هجوم المذهب الوضعى وبخاصة أنصار المدرسة التاريخية . ظهرت فكرة القانون الطبيعى بروح جديدة لتلافى العيوب والانتقادات الموجهة إليها .

وتتمثل الصورة الجديدة فى القانون الطبيعى ذى المضمون المتغير le droit naturel á contenu variable ، وهى محاولة للتوفيق بين مبدأ العموم والخلود من جهة ، وحقيقة التطور التاريخى وظروف البيئة من جهة أخرى . ذلك أن هناك مبدأ أو مثل أعلى ثابت وخالد فى كل المجتمعات وكامن فى طبيعة الانسان ، ويستلهمه بعقله ، ويتمثل مضمونه فى اقرار النظام والعدل وتحقيق التقدم ومحاولة الوصول إلى السمو والكمال . ولكن هذا المبدأ تختلف تفاصيله ووسائل تحقيقه بحسب الزمان والمكان واختلاف ظروف المجتمعات .

إن فكرة العدل تتصف بالعموم والخلود ، فلا تختلف باختلاف الأزمنة أو الجماعات ، وتعتبر مثلاً أعلى للتنظيم القانونى ، حيث ينبغى على المشرع أن يستهديه ويعمل على تحقيقه . ولكن مضمون هذه الفكرة وطرق تحقيقها رهن بظروف الواقع فى كل مجتمع وتصوره لارساء العدالة بين أفراده . إن جوهر القانون هو المثل الأعلى للعدل ، وهذا المثل خالد فى فكرته ، متغير ومتطور فى مضمونه وسبل تحقيقه . فلكل جماعة مثلها الأعلى الذى يتلائم مع ظروفها الخاصة ويتفق مع حاجاتها الذاتية . يتضح من ذلك أن القانون الطبيعى هو مثل أعلى ثابت فى أساسه من حيث قيامه على فكرة العدل القانونى فى ذاتها ، ولكنه متغير فى هيئته باعتباره انعكاس لتصور كل جماعة لتلك الفكرة طبقًا لمقاصدها واحتياجاتها

ولا يتضمن القانون الطبيعي قواعد تفصيلية لتنظيم كل العلاقات الاجتماعية وتصلح كبديل للقانون الوضعي ، ولكنه يرتكز على فكرة مجردة هي العدل القانوني وبعض المبادئ والموجهات والأصول العامة التي تتفرع عنها مباشرة مثل احترام حقوق الغير ، والمساواة بين المخاطبين بالقانون ، وعدم الاضرار بالغير عن خطأ ، وعدم الاثراء على حساب الغير دون سبب مشروع . ويجب على القوانين الوضعية أن تستلهم تلك المبادئ عند وضع النظم الخاصة بالمجتمع . ولذلك فإن هذه الموجهات والأصول ليست ثابتة ، بل متطورة في مضمونها وصورها في مختلف الأزمنة والبلاد .

(ى) القانون الطبيعي في الفكر المعاصر :

تعرضت نظرية القانون الطبيعي ذى المضمون المتغير للكثير من الانتقادات ، ولم تلق رواجاً لدى الفقهاء ، لأن هذه النظرية تفرغ الفكرة من مضمونها وتقوم على أساس متناقض . فالمثل الأعلى بطبيعته ثابت خالد ، فإذا قلنا بأن هناك مثلاً خاصًا بكل جماعة وفقاً لتصويرها الخاص لفكرة العدل ، فإن ذلك يؤدى إلى « أن تكون فكرة العدل فكرة شخصية أو وطنية ، ليس لها كيان ذاتي أو موضوعي يجعل منها حقيقة واحدة على اختلاف المكان والزمان ، فيصبح الأمر الواحد عدلاً في مكان أو عصر معين ، وظلمًا في مكان آخر أو عصر سابق أو لاحق ، وهو ما لا يمكن التسليم به » . والواقع أن المبدأ التي تقوم عليه هذه النظرية غير محدد ، ففكرة العدل غير واضحة الدلالة في ذاتها ، وغير محددة المضمون عند تطبيقها ، والصحيح أن العدل حقيقة في ذاته ، وهي لذلك حقيقة خالدة لا تتغير في زمان أو مكان

لذلك عاد الفقهاء المعاصرون إلى النظرية التقليدية فى صورة معتدلة يمكن التوفيق بينها وبين الواقع . ويمكن اجمال ملامح القانون الطبيعى فى الفكر المعاصر فيما يلى :

١- توجد مبادئ عامة ثابتة فى كل زمان ومكان ، لا يعتريها تغيير أو تطور . هذه المبادئ تعتبر أسمى مكانة من القانون الوضعى لأنها تمثل الكمال والمثالية التى ينبغى على المشرع أن يعمل على تحقيقها من خلال التشريعات التى يضعها .

٢- تكمن هذه المبادئ فى الطبيعة الانسانية ويكتشفها العقل . فالانسان لا يختلق مبادئ القانون الطبيعى ، وإنما يهتدى إليها ويكتشفها بعقله .

٣- لا يتضمن القانون الطبيعى أحكاماً تفصيلية يمكن حلولها محل القانون الوضعى ، فهو لا يضع حلولاً عملية لمشاكل الحياة الاجتماعية ، ولكنه يقتصر على عدة مبادئ عليا غاية فى التجريد والعمومية ، الفكرة الرئيسية فيها هى احترام الشخصية الانسانية ، مثل حماية حياة الفرد وحريته وحرمة ماله ، واقرار الحقوق والواجبات العائلية بين الأقارب ، الالتزام بتعويض الضرر الذى يصيب الغير دون وجه حق ، احترام التعهدات والقوانين من قبل الحكام والمحكومين،تعبر هذه المبادئ عن الموجهات المثالية للعدل ، ومن ثم يجب على القوانين الوضعية أن تستلهمها فيما تضع من نظام للمجتمع حتى يخرج نظاماً عادلاً .

٤- يظل القانون الوضعى هو الملاذ الذى يلجأ إليه القاضى ليستهدى منه الحل للنزاع المعروض عليه إذا لم يجد حلاً له فى القانون الوضعى . فالقانون الطبيعى يوجه القاضى إلى المثل الأعلى للعدل يستلهمه فيما تقصر عن

تناوله قواعد القانون الوضعى . إذا لم يجد القاضى قاعدة قانونية وضعية فى المصادر الرسمية للقانون ، تعين عليه الاجتهاد لتحقيق العدالة بمراعاة ظروف الحالة المعروضة عليه. ولقد تنبهت كثير من الدول إلى هذا الدور . ومن ذلك ما فعله المشرع المصرى بنصه فى المادة الأولى من القانون المدنى على أنه « إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

٥- يرى الفقه المعاصر فى القانون الطبيعى ، بوصفه المثل الأعلى للعدل الأساس المكون لجوهر القانون ، ولكنه ليس بالعنصر الوحيد ، بل يبقى عنصر آخر هو عنصر الواقع من الحياة الاجتماعية . فالقاعدة القانونية مزاج من حقائق الحياة الاجتماعية ومن المثل العليا التى يستخلصها العقل . وهذا ما يطلق عليه بالمذهب المختلط .

المبحث الثالث

المذهب المختلط

Doctrine mixte

يقوم هذا المذهب على تحليل النظريات السابقة ، وعلى محاولة التوفيق بينها بالجمع بين القدر الصائب فى كل منها . فالقاعدة القانونية تجمع فى جوهرها بين المثل العليا التى يستخلصها العقل ، وبين حقائق الحياة الواقعية التى تسجلها المشاهدة والتجربة . ويحظى هذا الاتجاه بتأييد

غالبية الفقه حيث ينبغى اقامة القانون على أساس مزدوج : واقعى ملموس ، ومثالى عقلى . يرجع جوهر القاعدة القانونية إلى هذين الجانبين : الجانب الواقعى والجانب المثالى .

فالمشرع عندما يريد وضع قاعدة قانونية عليه أن يأخذ فى اعتباره عدة عوامل أو حقائق ، تتمثل فى مجموعتين : العوامل الواقعية ، الحقائق المثالية .

المطلب الأول
العوامل الواقعية

ينبغى أن يكون القانون تعبيراً عن مشاكل وحقائق الحياة الاجتماعية ، أى ظروف الواقع المحيطة بالناس فى المجتمع ، كالظروف الجغرافية والاقتصادية والقوى السياسية والاجتماعية .

(أ) العوامل الطبيعية :

تؤثر العوامل الطبيعية facteurs naturelles فى تحديد جوهر القاعدة القانونية . ويقصد بها تلك العوامل التى تتصل بالطبيعة بصفة عامة ، سواء كانت طبيعة المجتمع كالمناخ والتربة ، أو طبيعة الانسان كتكوينه العضوى الجسمانى .

فتحديد سن الأهلية للزواج مثلاً يتوقف كثيراً على طبيعة المناخ فى المجتمع ، إذ يتم النضج الجسمى والجنسى فى سن مبكرة أو متأخرة تبعاً لطبيعة جو كل مجتمع. وتبعاً لكثرة أو قلة النسل ولازدياد ثروة الجماعة أو فقرها تحدد كل

جماعة سياستها بشأن اعطاء الأجانب جنسيتها ، فتشجع التجنس أو تحد منه .

وتبعًا لموقع المجتمع يزداد الاهتمام بوضع نوع معين من القواعد القانونية يحتمه هذا الموقع . فمجتمع يوجد فى جزيرة أو تحده سواحل وشواطئ ، يضطر إلى التجارة عبر البحار مع غيره من المجتمعات فيظفر فيه القانون التجارى والبحرى بحظ عظيم ، بخلاف الحال فى المجتمع الزراعى حيث تزدهر قواعد الملكية العقارية والقانون الزراعى .

يعيش كل مجتمع بشرى فى بيئة معينة تشكل عاملاً رئيسياً فى حياة أبنائه ، يتعذر تجاهله أو التقليل من شأنه سواء فيما يتعلق بالطعام أو المناخ . ولا يخفى مدى تأثير عامل التضاريس من جبال ووديان وكذلك المناخ على التكوين الجسمانى والعقلى للانسان وأحوال البشر وطباعهم . يؤثر المناخ على نوع النبات وفصائل النبات وفصائل الحيوان وتحديد وسيلة التعيش ، الأمر الذى ينعكس على تكوين المجتمعات .

ولكن خضوع الانسان للبيئة ليس تاماً ، فهو كثيراً ما يتمكن من السيطرة عليها وتسخيرها واستغلالها . ومن ثم فإن التأثير بين البيئة والانسان تأثير متبادل ، كل منهما يترك طابعه على الآخر . ويتأرجح مصير البيئة الواحدة بين الازدهار والاضمحلال طبقاً لجهد الانسان فى استغلالها أو وقوعه ضحية مؤثراتها . والواقع أن هناك حدود لامكانيات الانسان فى تطويع البيئة ، تتمثل فى الظروف الجغرافية من مناخ وتضاريس وما يغطى الأرض من نبات وما يحتويه من معادن .

(ب) العوامل الاقتصادية :

تلعب العوامل الاقتصادية les facteurs économiques دوراً بارزاً فى تشكيل القواعد القانونية . فطرق الانتاج والعلاقات الناشئة عنها تحتاج إلى تنظيم قانونى معين . فالنشاط التجارى يستتبع تنظيم الشركات ووضع قواعد خاصة بالنقل والمشروعات الاقتصادية والقوى المسيطرة عليها ، هذا بالاضافة إلى تنظيم العلاقات بين الطبقة الرأسمالية والطبقة العمالية .

ويؤدى ازدهار النشاط الاقتصادى إلى التأثير على نطاق ومجالات القواعد القانونية . ويبدو ذلك بصفة خاصة فى مجال التأمين والضمان وعمليات البنوك والعقود التجارية . لهذا كان لعلم الاقتصاد أهميته البالغة بالنسبة لرجل القانون حيث يلقى أمامه الضوء على الكثير من الظواهر والمصالح الاقتصادية التى تعد أساساً للكثير من القواعد القانونية . والخلاصة أن الاقتصاد يؤثر على القانون . والقانون يؤثر ، بدوره ، على الاقتصاد .

(جـ) العوامل السياسية والاجتماعية

les facteurs politiques et sociaux :

يعتبر القانون كذلك انعكاساً لكثير من الأفكار السياسية والاجتماعية السائدة فى الجماعة ، حيث تؤثر تلك الأفكار فى نشأة وتطور النظم القانونية فى أى مجتمع من المجتمعات .

فالأفكار الحديثة المتعلقة بحرية الانسان والمساواه أدت إلى الغاء الرق وتزايد القوانين التى تكفل حقوق الانسان وحرياته الفردية والاجتماعية ، وذلك كالحقوق السياسية والنقابية والشخصية ، وكذلك تدخل الدولة لحماية الطبقات

الضعيفة فى مواجهة الطبقة المستغلة من خلال التأميمات والضمان الاجتماعى إلى غير ذلك .

وقد أدى ظهور الفكر الاشتراكى فى كثير من الدول إلى اصدار القوانين التى من شأنها تقليل الفوارق بين الطبقات عن طريق فرض حد أقصى للملكية الزراعية وفرض الضرائب التصاعدية على الدخل ، وخلق شركات القطاع العام التى تساهم فى دفع عجلة الانتاج ومنع احتكار القطاع الخاص وسيطرته على معطيات السوق .

إن نمط الحياة السياسية والقانونية والفكرية يترك طابعه على الانتاج والحركة الاقتصادية فى مجموعها ، فالأخذ بصورة أو أخرى من صور الملكية فى الأراضى الزراعية قد يؤدى إلى تنمية أو عرقلة الانتاج الزراعى .

(د) العوامل الدينية والأخلاقية :

تؤثر العوامل الدينية والأخلاقية les facteurs religieux et moraux بدورها فى تحديد ملامح النظام القانونى . فالدين هو العامل الأول فى تحديد مضمون قوانين الأحوال الشخصية المتعلقة بالأسرة والمواريث والوصية فى مصر ولبنان وغالبية البلاد العربية ، وكما هو الحال فى كثير من الدول الأوروبية ، فهناك بعض الدول كانت تصر على تحريم الطلاق تأثراً بالمذهب الكاثوليكى .

وكثير من الدول الاسلامية تطبق أحكام الشريعة الاسلامية ، وتستمد بالتالى معظم قواعد القانون الوضعى الجنائى والمدنى من تلك الشريعة .

أضف إلى ما سبق أن الكثير من القيم الأخلاقية السائدة فى المجتمع تؤثر فى القواعد القانونية المطبقة ، مثل القواعد

الخاصة بمواعيد تشغيل النساء وأماكن عملهن في الدول الاسلامية وتخصيص أماكن لهن وللمسنين والعجزة فى المواصلات العامة .

(هـ) العوامل التاريخية :

لا يمكن للنظام القانونى أن يتجاهل الحقائق التاريخية les factures historiques التى تتكون فى المجتمع على مر العصور وتتوارث جيلاً بعد جيل . فالقانون يأخذ تلك الحقائق فى الحسبان ولكنه يعمل على تطويرها طبقاً لمعطيات الحاضر . فالزواج يعتبر حقيقة تاريخية ثابتة يقوم القانون بتنظيمها من خلال تحديد شروطه وأثاره والسلطة المختصة بابرامه وحله . وكذلك الحال بالنسبة لنظام الملكية الفردية الذى يجد سنده فى التطور التاريخى الذى نشأ عليه الانسان .

إن المنهج العلمى يهتم بنشأة الظواهر وتطورها ، حيث تتغير المجتمعات البشرية ونظمها المختلفة ، فسنة الحياة هى التطور المستمر . إن النظام القانونى السائد داخل المجتمع هو وليد تطور تاريخى سابق ، لذا لا يتصور فهم ذلك النظام دون بحث جذوره التاريخية . إن المجتمع يحمل في ثناياه بقايا العصور السالفة التى تؤثر بشدة على الأوضاع الحاضرة .

والفكر بدوره ، نتاج تطور تاريخى ، يتخذ فى الأزمنة المختلفة أشكالاً متباينة ويحتوى على مضمون متغير . وعلى ذلك فإن أية فكرة لا يمكن سبر أغوارها إلا من خلال تقصى تاريخها . ويتعين لمعالجة أية مشكلة بطريقة علمية البحث عن كيفية نشأتها وتطورها . إن وضع نظرية عامة لأى موضوع يقتضى فحص تاريخه . وبغير النظرية لا يمكن فهم الموضوع وابراز أهميته وتحديد نطاقه . وهكذا يتعين على

الباحث دراسة علاقة النظم القانونية بالظروف الاجتماعية وصلتها بالجذور التاريخية .

ولا تقف مهمة علم التاريخ على الاخبار بالأحداث والوقائع فى المجال السياسى أو القانونى ، بل عليه أن يعطى صورة عامة عن التطور الاجتماعى ، وتفسير الظواهر من خلال الأسباب ، ومعرفة العلة وراء النظم القانونية الموجودة .

المطلب الثانى

العوامل المثالية

(أ) الحقائق العقلية والمثالية :

تعتبر العوامل الواقعية السابقة كلها من قبيل الحقائق التجريبية التى تدخل فى تشكيل جوهر القانون . يضاف إلى تلك الحقائق نوعاً أخر ألا وهو الحقائق الفكرية التى تشمل الحقائق العقلية والحقائق المثالية . وهذا هو موضوع المدرسة المثالية L'Ecole Idéaliste .

فالحقائق العقلية تتمثل فى الأصول الضرورية التى يستخلصها العقل من طبيعة الانسان واتصاله بالمجتمع ، لذا فهى ثابتة خالدة وتعتبر من قبيل المسلمات ، وذلك كقيام الزواج على الارتباط الشرعى بين الرجل والمرأة .

أما الحقائق المثالية فتتمثل فى الآمال والمطامح الانسانية فى التقدم والرقى ، أى تتضمن الاتجاهات والنزعات المثالية بهدف الوصول إلى التنظيم المنشود للعلاقات الاجتماعية ، كالرغبة فى وضع التنظيم القانونى للأسرة على نحو يضفى عليها الاستقرار والسعادة

ويتم التعبير عن الحقائق العقلية والمثالية من خلال فكرة العدل .

(ب) المقصود بالعدل وأنواعه:

تأتى فكرة العدل فى مقدمة الأفكار الأخلاقية التى تهيمن على ضمير الجماعة وتلعب دوراً هاماً فى تكوين القانون .

والعدل هو المساواة بمعناها العام ، ويتمثل ذلك فى تمكين كل مواطن من حقه وأداء ما هو واجب عليه ، ويقسم الشراح العدل إلى أقسام ثلاثة :

١ - **العدل التبادلى** la justice Commutative ، ويكون فى علاقات الأفراد بعضهم ببعض ، حيث يجب أن تقوم هذه العلاقات على أساس المساواة التامة الكاملة أى المساواة الحسابية البحتة دون نظر لصفاتهم أو شخصياتهم ، فمن يعطي يأخذ قيمة ما أعطاه دون زيادة أو نقص .

٢ - **العدل التوزيعى** la justice distrubtive ، ويكون فى علاقة الفرد بالجماعة ، حيث يجب أن تسود المساواة فى توزيع الثروات والمزايا والخدمات التى تقوم بها الدولة على الأفراد . ولكن المساواة هنا ليست حسابية مثل العدل التبادلى ، بل مساواة تناسبية أى يتم التوزيع على أساس ملكات الأفراد وقدراتهم وحاجاتهم التى تتفاوت وتختلف من فرد لآخر . ويترتب على ذلك أن توزيع المنافع يكون بقدر حاجة الشخص وكفاءته وقدراته ، فأجر الموظف الكبير يختلف عن أجر العامل ، والمعونة المقدمة للأعزب تختلف عن تلك التى تقدم لرب الأسرة . وتزداد الأعباء الضريبية بحسب الدخل والثروة ، وتتناسب العقوبة الجنائية مع جسامة الجريمة وظروف ارتكابها وشخص الجانى ومدى خطورته .

٣ - **العدل الاجتماعى أو العام** ، ويكون فى صلة الجماعة بالفرد لا بوصفه فرداً بل بوصفه عضو فى الجماعة

أى جزء من كل ، أى ما يجب على المواطن للدولة تحقيقاً للصالح العام ، ويتمثل ذلك فى الخدمة الوطنية وأداء الضرائب ، والالتزام بأداء الواجب الوظيفى ، والامتثال للقوانين والأوامر المشروعة .

فالعدل الاجتماعى la justice sociale هو العدل المحقق للصالح العام ، لذا فهو الأساس المبرر لوجود السلطة فى الجماعة وخضوع الأفراد لهذه السلطة . فباسم هذا العدل يلتزم الأفراد بطاعة الدولة ، ويلتزم الحكام باستخدام سلطاتهم لخدمة الصالح العام .

ويختزل بعض الشراح صور العدل الثلاث إلى اثنتين . **العدل العام والعدل الخاص** ، فالعدل الخاص هو الذى يسود علاقات الأفراد باعتبارهم أفراداً ، وهو يقوم على أساس من المساواة التامة باعتبار أن كل فرد يساوى الآخر فيما له من كيان مستقل ، فتقوم علاقات الأفراد اذن على أساس من تبادل الاحترام بين الأفراد كل منهم لكيان الأخر واستقلاله وحقوقه ، وذلك هو ما جرى الاصطلاح على تسميته بالعدل التبادلى .

أما العدل العام فهو الذى يسود علاقات الجماعة بالأفراد باعتبارهم أعضاء فيها أياً كان من يجب له العدل ، هو الجماعة أم الأفراد . والعبرة فى هذا العدل هى باعتبار الفرد جزءاً من كل هو الجماعة ، والجماعة باعتبارها هى الكل ، ينبغى لها عدلاً أن تهيمن على الجزء ونشاطه بما يحقق نفع الكل وخيره. ولذلك فالعدل فى العلاقة بين الجماعة والفرد إنما يرمى إلى تحقيق الصالح العام ، لا عن طريق اقامة مساواة مطلقة حسابية وإنما عن طريق اقامة تفاضل بين

القيم المتفاوتة للأفراد – من حيث الحاجة أو القدرة أو الكفاءة – بالنسبة إلى صالح الجماعة . وهذا العدل العام . يشمل ما يعرف بالعدل التوزيعى والعدل الاجتماعى على السواء .

(جـ) الفرق بين العدل والعدالة :

يقصد بالعدل la justice المساواة المطلقة بين الأفراد سواء فيما يتقرر لهم من حقوق أو ما يفرض عليهم من قيود ، فالعدل يتسم بالعمومية والتجريد ، لأنه مساواة حسابية بين الأفراد دون تفرقة بينهم لأية اعتبارات .

أما العدالة L'équité فهى العدل مطبقًا على حالة خاصة ، أى أنها الوجه المكمل لفكرة العدل لأنها تراعى الظروف والملابسات الواقعية الخاصة بكل حالة على حدة . فالعدل يتسم بالصلابة والتشدد ، أما العدالة فتتكيف مع ظروف كل حالة وتستجيب لدوافعها .

وتلعب العدالة دوراً فعالاً فى صياغة القواعد القانونية وما تتسم به أحيانًا من مرونة ، وكثيراً ما يرخص القانون للقاضى مراعاة العدالة فى تطبيقه لنصوص القانون .

فالمشرع استلهم العدالة عند صياغته لنظرية التعسف فى استعمال الحق ، والغلو فى استعمال حق الملكية أو مضار الجوار غير المألوفة ، والاثراء بلا سبب . وينص صراحة على أن القاضى يحكم بمقتضى مبادئ العدالة فى حالة عدم وجود نص أو عرف أو مبدأ من مبادئ الشريعة الاسلامية . وفى مجال العقود ، إذ قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضى فيها وفقًا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة . ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد صريحًا فيه بل

يتناول أيضًا ما هو من مستلزماته وفقًا للشرع والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام .

(د) العدالة فى الاسلام :

إن الاسلام كرسالة عالمية خالدة يتخذ من العدالة ركنًا وهدفًا له . إن فكرة العدالة تهيمن على مبادئ الشريعة الاسلامية « فهى عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها ، وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور ، وعن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة ، وعن الحكمة إلى العبث ، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل ، فالشريعة عدل الله بين عباده ، ورحمته بين خلقه ، وظله فى أرضه وحكمته الدالة عليه ، وعلى صدق رسول الله » .

إن فكرة العدالة فى الاسلام ذات مضمون واسع وشامل ، وذلك بسبب طبيعة التشريع الاسلامى ، والأصل الدينى للقاعدة القانونية الاسلامية ، ومن ثم فإن أساس العدالة يتسم بالطابع الدينى ويرتبط بمقتضيات الايمان والعقيدة ، هذا بالاضافة إلى أنها حجر الأساس فى الأحكام الاسلامية .

إن الشريعة الاسلامية لا تقيم حدوداً فاصلة بين القانون والأخلاق ، بل يوجد ارتباط شديد بين القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية . لذلك فإن العدالة فى الاسلام ذات أبعاد مختلفة ، فهى ركن أساسى فى كافة النظم القانونية والاقتصادية والاجتماعية . وهى أساس البناء الاجتماعى السليم ومن أهم صفات الأخلاق الحميدة ، حيث ينبغى أن تسود علاقات الأفراد ومعاملاتهم .

إن « العدل » من أسماء الله الحسنى ، وتتوارد آيات القرآن الكريم فى تأكيد البعد العقائدى لفكرة العدالة فى الاسلام ، «وما ظلمناهم ولكن كانوا هم الظالمين » ، ولا يجرمنكم

شنأن قوم على الا تعدلوا ، إعدلوا هو أقرب للتقوى » ، « يأيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله على أنفسكم أو الوالدين أو الأقربين » .

وتبدو العدالة الاسلامية بوضوح من خلال السياسة المالية ، وذك عبر قواعد فرض الزكاة كحق للفقراء وسبل الانفاق فى وجوه الخير التى حددها القرآن الكريم ، وكذلك ضريبة الخراج التى تفرض على الأراضى المنتجة ، وضريبة العشور المقررة على السلع عند عبورها حدود الدولة الاسلامية منها وإليها ، والجزية المقررة على غير المسلمين بالدولة مقابل اعفاءهم من الجهاد والانفاق منها على فقرائهم .

وترتب على اعمال مبادئ العدالة الاسلامية فى عهد الخلفاء الراشدين ، وخاصة فى ظل خلافة العمرين : ابن الخطاب وابن عبد العزيز ، إن فاضت أموال بيت المال ، فلم يوجد فقير أو محتاج ، وأمر بسداد ديون كل مدين غير قادر على السداد ، وتزويج كل شخص غير قادر على الزواج .

(هـ) الخلاصة :

يتشكل مضمون القاعدة القانونية وجوهرها من عنصرين : عنصر الواقع القائم على كل حقائق الحياة الاجتماعية من عوامل طبيعية ، واقتصادية ، وسياسية واجتماعية ودينية وأخلاقية وتاريخية ، وعنصر المثل الأعلى للعدل . فالدولة عندما تسن القانون يجب عليها مراعاة كل الاعتبارات المختلفة السابقة فتحرص على أن يكون مطابقاً لمعنى العدالة وموائماً لواقع البيئة وحاجات الجماعة والأفراد فيها .

ومضمون القانون على هذا النحو هو الذى يفسر قوته الملزمة ووجوب احترام الأفراد وطاعتهم له : حقاً أن طاعة الأفراد للقانون تنبع أحياناً من كونه صادراً عن السلطة العامة التى توقع الجزاء على من يخالفه ، إلا أن احترام القانون يتحقق تلقائيًا فى كثيرمن الأحيان إيماناً من المواطنين بضرورته وعدالته أى بمضمونه وجوهره .

وإذا صدر القانون بمضمون يخالف مقتضى الواقع والعدالة فإنه لا يحظى باحترام الأفراد وتقديرهم له ، وتكثر مخالفته ، ولا تتحقق طاعته إلا من خلال الجبر والاكراه ، وهذا معيار فشله ، وقرب نهايته . ويلعب القضاء دوراً هاماً فى شله والحد من آثاره سواء من خلال الحكم بعدم دستوريته أى عدم موافقته للدستور ، أو من خلال سلطة تفسيره بطريقة تقربه من طريق العدالة .

الفصل الرابع

أقسام القانون وفروعه

أدى تنوع العلاقات الاجتماعية فى الجماعة وتعددها إلى تنوع القواعد القانونية Divisions du Droit التى تحكمها ، وتعددت بالتالى فروع القانون وتقسيماته Classifications du Droit .

١- ينقسم القانون من حيث النطاق الاقليمى لسريانه إلى قانون داخلى Droit interne وقانون خارجى Droit externe . فالقانون الداخلى يضم مجموعة القواعد التى تطبق داخل اقليم الدولة ، أى القانون الذى يحكم العلاقات والروابط الداخلية . أما القانون الخارجى فيطبق خارج حدود الدولة ، وينظم العلاقات التى تنشأ بين الدولة وغيرها من الدول والمنظمات الدولية ، وهو ما يسمى بالقانون الدولى العام .

٢- تنقسم القواعد القانونية طبقاً للشكل الذى تصدر فيه أو توجد عليه فى الجماعة إلى قواعد مكتوبة وأخرى غير مكتوبة (١) . والقاعدة المكتوبة هى التى تصدرها السلطة التشريعية المختصة ، أما القواعد غير المكتوبة فيكون مصدرها العرف كما هو الحال فى معظم قواعد القانون الانجليزى .

وتتميز القواعد المكتوبة بالوضوح والتحديد نظراً لصدورها فى محرر مكتوب ومعتمد من السلطة المختصة ، أما القواعد العرفية فينقصها التحديد مما يؤدى إلى الاختلاف

---

(١) أى قانون مكتوب droit écrit وقانون غير مكتوب droit non - écrit .

حول حقيقة مضمونها ، إلا أنها من ناحية أخرى تتسم بالمرونة والتطور مع تغير الظروف لأنها وليدتها .

٣- تنقسم القوانين كذلك إلى قوانين موضوعية وأخرى شكلية . فالقواعد الموضوعية régles de fond تضع أحكامًا موضوعية للعلاقات والروابط التى تقوم بتنظمها ، ويتم ذلك من خلال تحديد المراكز القانونية وما تتضمنه من حقوق وواجبات ، فالقاعدة الموضوعية تبين مصدر الحق وآثاره وطرق انقضائه .

أما القانون الشكلى régle de forme فيبين الاجراءات الواجب اتباعها لأعمال القانون الموضوعى وتطبيقه ، فالقانون المدنى يعتبر قانون موضوعى لأنه يبين الحقوق كحق الملكية وحق الدائنية ، أما قانون المرافعات فيعتبر قانون شكلى لأنه يحدد الاجراءات الواجب اتباعها لحصول الشخص على حقه ، وذلك ببيان المحكمة المختصة وكيفية رفع الدعوى وسير الخصومة وصدور الحكم فيها واجراءات تنفيذه.

والقانون الجنائى قانون موضوعى لأنه يبين الأفعال التى تعتبر جرائم والجزاءات المحددة لها ، أما قانون الاجراءات الجنائية فهو قانون شكلى لأنه يبين اجراءات محاكمة المجرم وتوقيع الجزاء عليه .

٤- وتنقسم القواعد القانونية ، من حيث قوتها الملزمة ، إلى قواعد قانونية آمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها ، وقواعد قانونية مقررة أو مكملة يجوز للأفراد الاتفاق على حكم مخالف لها .

٥- وأخيراً فإن القواعد القانونية تنقسم ، من حيث طبيعة الروابط والعلاقات التي تحكمها ، إلى قانون عام وقانون خاص.

ونظراً لأهمية هذين التقسيمين ، فإننا نعرض لهما بشئ من التفصيل فى المبحثين التاليين :

المبحث الأول

القانون العام والقانون الخاص

نعرض فى البداية للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ، ثم نبين الفروع التى ينقسم إليها كل منهما :

المطلب الأول

التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص

(أ) ظهور وتطور التفرقة :

يعتبر تقسيم القانون إلى قانون عام Droit puplic وقانون خاص Droit privé من أهم التقسيمات التى أجريت للقانون . وهذا التقسيم التقليدى الذى يرجع إلى عهد القانون الرومانى لا زال مهيمناً على الفكر القانونى فى معظم دول العالم .

وقد كان للمذهب الفردى أثره الواضح فى ابراز هذا التقسيم حيث كان الفصل واضحاً بين نشاط الفرد ونشاط الدولة . إلا أن انحسار هذا المذهب وظهور المذهب الاشتراكى وما صحبه من تزايد تدخل الدولة فى كافة المجالات أدى إلى تداخل نشاط الدولة مع نشاط الفرد ، واستتبع ذلك طغيان نطاق القانون العام وامتزاجه بالقانون الخاص على نحو أفقد التفرقة بينهما أهميتها العملية .

فالدولة تتولى ، أحياناً ، القيام بالنشاط الاقتصادى والتجارى الخاص وتتبع فى ادارته أساليب القانون الخاص

وكثيراً ما تفرض الدولة على النشاط الخاص العديد من القواعد الآمرة بهدف توجيهه وربطه بالخطة الاقتصادية والمصلحة العامة مما أدى إلى تقارب طبيعة قواعد القانون الخاص والقانون العام .

ولكن الوضع تغير من جديد فى أواخر القرن العشرين حيث شهد أفول الاتجاه الاشتراكى وعودة ازدهار المذهب الفردى والاتجاه الرأسمالى من خلال الاقتصاد الحر أو ما شاع التعبير عنه باصطلاح « الخصخصة » حيث العدول عن الاتجاه التدخلى للدولة فى النشاط الاقتصادى والانتاجى ونبذ فكرة القطاع العام وترك المجال للقطاع الخاص والمبادرة الفردية . وليس بغريب عما قريب من أن نشهد ردة مضادة أى عودة إلى القطاع العام .

إن كل ذلك التخبط خير دليل على رجاحة الشريعة الاسلامية القائمة على مبدأ الوسطية بأسسه الثابتة والمستقرة التى تتفق مع الطبيعة البشرية كما رسمها وأبدعها الخالق الله جل شأنه .

وعلى أية حال فإن التفرقة بين القانونين ظلت قائمة لأن تدخل السلطة العامة فى العلاقات القانونية الخاصة لا يؤدى إلى اختلاط قواعد كل من القانون الخاص والقانون العام لاختلاف طبيعتها ، وإن كل ذلك لا يمنع من تعديل الحدود والفواصل فيما بينهما كما سنرى

(ب) معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص :

تباينت المعايير والآراء حول كيفية التفرقة بين كل من القانون العام والقانون الخاص ، ونعرض لأهم هذه المعايير .

١ - يرى البعض أن معيار التفرقة بين القانونين يكمن

فى درجة الزام القواعد القانونية . فقواعد القانون العام ذات طبيعة آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، أما قواعد القانون الخاصة فذات طبيعة مكملة أو مقررة يمكن للأفراد الاتفاق على ما يخالفها صراحة أو ضمناً .

والواقع أن هذا المعيار غير دقيق ، فقواعد القانون العام كلها آمرة ، أما قواعد القانون الخاص فليست كلها مكملة ، فثمة قواعد كثيرة فى هذا القانون ذات طبيعة آمرة لتعلقها بالنظام العام ، ولا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها .

٢- ذهب البعض إلى القول بأن القانون العام لا ينظم العلاقات المالية ، بينما القانون الخاص يقتصر على تنظيم العلاقات المالية فقط .

وهذا المعيار غير صحيح لأن القانون العام ينظم بعض العلاقات المالية مثل القانون المالى الذى يتضمن الضرائب والأموال العامة . كما أن القانون الخاص يشتمل على علاقات غير مالية مثل علاقات الأسرة والحقوق اللصيقة بالشخصية.

٣- يفرق البعض بين القانونين على أساس المصلحة ، فالقانون العام هو الذى تغلب عليه المصلحة العامة أما القانون الخاص فتغلب عليه المصالح الخاصة للأفراد .

ويعيب هذا المعيار صعوبة التمييز بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة ، فتحقيق المصلحة العامة من شأنه تحقيق بعض المصالح الخاصة ، وحماية المصلحة الخاصة من شأنه أن يؤدى إلى حماية المصلحة العامة . فارتباط المصلحة العامة بالمصلحة الخاصة أمر لا شك فيه ، فتنظيم العلاقة بين أفراد الأسرة ، والعلاقة بين العامل وصاحب العمل أمر ينطوى على تحقيق المصلحتين فى نفس الوقت .

٤ وهناك معيار آخر يقوم على صفة الأشخاص الخاضعين للقانون. فإذا كانت الدولة أو احد الأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فى العلاقة ، فإن القانون العام هو الذى يطبق . فالقانون العام ينظم تكوين سلطات الدولة وعلاقاتها مع بعضها ومع سلطات الدول الأخرى ، أما القانون الخاص فيحكم العلاقة التى تقوم بين الأشخاص العاديين .

يعيب هذا المعيار أنه لا يتفق مع الواقع فى بعض الحالات . فليست كل علاقة بين الدولة وبين الأفراد العاديين تعتبر من علاقات القانون العام. فالدولة تتعامل أحياناً مع الأفراد شأنها شأن الفردى العادى تماماً وتقف على قدم المساواة من الطرف الآخر تماماً ، وتدخل هذه العلاقة في القانون الخاص وليس فى القانون العام ، مثال ذلك العلاقات الناشئة عن النشاط التجارى والصناعى الذى تباشره الدولة مثل الفرد العادى وما قد تبرمه مع الأفراد من عقود بيع السلع التى تنتجها .

٥- طور الفقه المعيار السابق بقولهم أن العبرة ليست بصفة أطراف العلاقة بل بطبيعة العلاقة نفسها ، فالقانون العام يحكم العلاقات التى تتعامل فيها الدولة مع الأفراد بوصفها سلطة عامة ذات سيادة ، أى على أساس السيطرة من جانبها وليس على أساس المساواة ، فالقانون العام هو قانون السيطرة من جانب الدولة والخضوع من جانب الأفراد .

فإذا تعاملت الدولة مع الأفراد بوصفها صاحبة سلطة وسيادة ، مثل قيامها بنزع ملكية خاصة للمنفعة العامة ، أو ابرام عقد ادارى مع أحد المواطنين ، أو تعيين شخص فى وظيفة عامة ، فإن هذه العلاقات تعتبر ذات طبيعة عامة وتخضع للقانون العام

أما إذا تعاملت مع الأفراد على قدم المساواة ، كما لو تعاقدت مع المواطنين بالبيع والشراء من خلال ما تقوم به من نشاط تجارى وصناعى من نفس نوع نشاط الأفراد ، فإن هذه العلاقة تخضع للقانون الخاص . مثال ذلك بيع الدولة لمنتجاتها فى الجمعيات الاستهلاكية .

ويحكم القانون العام كذلك العلاقات التى تحكم انشاء السلطات العامة ، والعلاقات التى تنشأ بين هذه السلطان بعضها مع البعض الآخر ، والعلاقات بين سلطات الدولة مع الدول الأخرى .

(جـ) أهمية التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص :

يترتب على التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص عدة نتائج عملية نجملها فيما يلى :

١- يمنح القانون العام السلطات العامة فى الدول عدة امتيازات ومكنات لا يعطيها القانون الخاص للأفراد ، وذلك مثل حق الدولة فى نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة ، أو الاستيلاء المؤقت على مال معين لأحد الأفراد .

وكذلك حق السلطة العامة فى التنفيذ المباشر ، حيث تقرر ما لها من حقوق قبل الأفراد ثم تقوم بالتنفيذ المباشر لاقتضاء حقها ، فالدولة تقدر ما لها من ضرائب على الشخص ، وإذا لم يقم بالدفع فإنها تقوم بالحجز الادارى على أمواله لاستيفاء المبالغ المستحقة ، فهى ليست فى حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء للحصول على حكم يقرر ما لها من حقوق كما يفعل الأفراد .

٢- إن العقود التى تبرمها السلطة العامة مع الأفراد تعتبر عقود ادارية تتضمن شروطاً استثنائية تخرج عن القواعد العادية التى يحكمها القانون الخاص فللادارة الحق

فى تعديل العقد الادارى متى اقتضت المصلحة العامة ذلك مع تعويض المتعاقد الآخر إن حدث له ضرر بسبب هذا التعديل . وللادارة الحق فى توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا قصر فى تنفيذ التزاماته وذلك دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء. والسبب فى انفراد العقد الادارى بهذه المزايا هو تعلقه بتسيير المرافق العامة ذات الحيوية القصوى بالنسبة للمصلحة العامة .

٣- يوفر القانون العام للأموال العامة التى تملكها الدولة حماية خاصة ، لأن هذه الأموال مخصصة للمنفعة العامة ، وتخضع لقواعد مختلفة عن تلك التى تخضع لها الأموال الخاصة والتى ينص عليها القانون الخاص .

فالمال العام لا يجوز التصرف فيه بطريقة تعارض تخصيصه للمنفعة العامة ، ولا يجوز الحجز عليه أو اكتساب ملكيته بالتقادم أى بوضع اليد عليه مدة معينة . هذا بالاضافة إلى أن عقوبة اختلاس المال العام أشد من عقوبة سرقة المال الخاص المملوك للأفراد .

٤- تخضع علاقة الدولة بموظفيها لقواعد مختلفة عن تلك التى تحكم علاقة العامل بصاحب العمل . فعلاقة الموظف بالحكومة تعتبر مركز تنظيمى يخضع للقانون ، أما علاقة رب العمل الخاص بعماله ومستخدميه فتعتبر علاقة تعاقدية يحكمها القانون الخاص وبصفة خاصة قانون العمل .

تقوم علاقة الدولة بالموظف على فكرة التنظيم التى تعطيها الحق فى تعديل شروط الوظيفة ونظامها بالقدر الذى يتفق مع المصلحة العامة ، دون أن يستطيع الموظف الاعتراض على ذلك بحجة الحقوق المكتسبة . بل يلتزم بالخضوع لكافة أحكام الوظيفة التى تحددها القوانين

واللوائح من حيث المرتب والعلاوات والنقل إلى غير ذلك .

أما علاقة العامل بصاحب العمل فتقوم على المبادئ العقدية التى تلزم صاحب العمل بما اتفق عليه مع العامل منذ البداية فى تحديد حقوقه والتزاماته الناشئة عن عقد العمل.

فالعلاقة الوظيفية توجد فيها الدولة بوصفها صاحبة سلطة وسيادة . وهى علاقة حيوية لتعلقها بتسيير المرافق العامة . ويترتب على ذلك صعوبة اعطاء الموظفين حرية التوقف عن العمل أو الاضراب لأن فى ذلك تعطيل سير المرفق العام الذى يعملون به ، بينما يجوز منح حق الاضراب للعمال فى نطاق القانون الخاص .

٥- تختلف قواعد المسئولية التى ينظمها القانون العام ، سواء تعلق الأمر بمسئولية الدولة أو بمسئولية موظفيها ، عن أحكام المسئولية فى نطاق القانون الخاص .

٦- أدى الاختلاف فى الطبيعة بين القانون العام والقانون الخاص إلى وجود جهتين قضائيتين ، الأولى جهة القضاء الادارى ، للفصل فى المنازعات المتعلقة بالقانون العام ، وجهة القضاء العادى للفصل فى المنازعات المتعلقة بالقانون الخاص . فنظراً لاختلاف القواعد التى تحكم علاقات القانون العام عن تلك التى تحكم علاقات القانون الخاص ، كان من الضرورى وجود قضاء مستقل ومتخصص فى تطبيق أحكام القانون العام والفصل فى المنازعات الادارية ، يسمى هذا القضاء بمجلس الدولة .

يتضح من الأمثلة السابقة أن القانون العام هو قانون السلطة العامة ، فهو ينظم تكوين السلطات العامة فى الدولة ، والعلاقات فيما بينها ، وينظم كذلك العلاقات بين هذه السلطات وبين الأفراد . فهو يضم مجموعة القواعد

التى تحكم العلاقات التى يكون أحد أطرافها على الأقل شخص يملك السيادة ويتصرف بوصفه هذا . وذلك مثل الدولة أو المحافظة أو هيئة عامة أو مرفق عام كالجامعة مثلاً .

وليست كل علاقة تكون الدولة طرفًا فيها تعتبر من علاقات القانون العام ، بل يلزم أن يكون تدخل الدولة بوصفها صاحبة سلطة عامة أى ذات سيادة لتحقيق المصلحة العامة ، ومن ثم فهى تستخدم ميزات خاصة تجعلها فى مركز قانونى أقوى من الطرف الآخر .

أما القانون الخاص فيحكم العلاقات بين الأفراد العاديين أو بين الأفراد والدولة فى الحالات التى تظهر فيها كشخص عادى تقف على قدم المساواة مع الطرف الآخر ، أى لا تستخدم مزايا السلطة العامة ، وذلك كأن تشترى احدى المحافظات بعض الأشياء أو تبيع أملاكها الخاصة أو تستأجر عقارات لاستخدامها فى بعض الأغراض . فالعلاقات الناشئة عن هذه التصرفات علاقات خاصة تحكمها قواعد القانون الخاص .

أما تدخل الدولة أو الأشخاص العامة بوصفها صاحبة سيادة أو سلطة عامة فيدخل فى نطاق القانون العام ، مثل نزع الدولة لملكية عقار للمنفعة العامة ، والعقود التى تبرمها وتضمنها شروطًا استثنائية مفروضة على الافراد ، وكذلك فرض ضريبة معينة .

وينبغى ملاحظة أنه رغم ثبوت التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ، إلا أن تلك التفرقة ليست جامدة بل هى تفرقة مرنة تتغير بحسب الزمان والمكان لأن الأمور التى تتعلق بالسلطة والسيادة هى أمور نسبية تتفاوت من مجتمع لآخر .

أضف إلى ذلك أن هناك بعض فروع القانون التى يصعب تصنيفها كلية تحت القانون العام أو القانون الخاص نظراً لأنها تتضمن بعض القواعد التى تتعلق بالسلطة العامة بالاضافة إلى القواعد التى تنظم علاقات الأفراد .

المطلب الثاني

فروع القانون العام

يضم القانون العام عدة فروع هى القانون الدستورى والقانون الادارى والقانون المالى والقانون الجنائى ، وتدخل تلك الفروع ضمن القانون الوضعى المطبق داخل كل دولة من الدول . لذا يمكن أن يطلق عليها مسمى واحد وهو القانون العام الداخلى Le droit puplic interne ، هذا بالمقابلة إلى القانون العام الخارجى le droit puplic externe الذى يطبق فى الجماعة الدولية ويحكم العلاقات بين الدول لذا يسمى بالقانون الدولى العام . ونعرض لتلك الفروع على التوالى .

الفرع الأول

القانون الدولى العام

القانون الدولى العام le droit intenational public هو مجموعة القواعد القانونية التى تنظم العلاقات بين الدول ، سواء أكان ذلك فى وقت السلم أو أثناء الحرب . وذلك مثل ابرام المعاهدات ، والتبادل الدبلوماسى والقنصلى ، وطرق فض المنازعات ، ومعاملة الأسرى ، ونظام الحياد والحرب .

وهو يشمل كذلك مركز المنظمات الدولية والعلاقات فيما بينها وعلاقاتها بالدول ، سواء فى ذلك المنظمات العالمية كالأمم المتحدة أو الاقليمية كجامعة الدول العربية .

وعلى هذا يتضمن القانون الدولى العام عدة موضوعات :

١- القواعد التى تحدد العناصر المكونة للدولة حتى تكتسب الشخصية الدولية ويتم الاعتراف بها كعضو فى الجماعة الدولية ، وتبين أنواع الدول البسيطة والمركبة ، كاملة السيادة أو ناقصة السيادة كالدول تحت الوصاية .

٢- القواعد التى تنظم علاقات الدول فى وقت السلم ، وتبين حقوق الدول وواجباتها قبل بعضها البعض ، مثل حق السيادة وحق المساواة والاحترام المتبادل . وتتناول علاقات التمثيل السياسى والقنصلى والحصانة الدبلوماسية ، وتنظيم الاتفاقات والمعاهدات الدولية ، هذا بالاضافة إلى بيان أحكام المسئولية الدولية وطرق فض المنازعات بين الدول سواء عن طريق الوساطة أو عن طريق التحكيم الدولى .

٣- يشمل القانون الدولى العام كذلك القواعد التى تنظم علاقات الدول فى وقت الحرب ، وتسمى هذه القواعد بقانون الحرب ، ويتضمن حقوق وواجبات الدول المتحاربة ، ومتى تبدأ الحرب ومتى تنتهى ، والأسلحة التى يجوز استخدامها والأسلحة المحظور استخدامها ، وكيفية معاملة الأسرى وجرحى الحرب ، واتفاقيات الهدنة والصلح ، وحقوق الدول المحايدة وواجباتها ازاء الدول المتحاربة .

٤- ويتضمن القانون الدولى العام كذلك القواعد المتعلقة بالمنظمات الدولية ، وتسمى قانون التنظيم الدولى الذى يتناول كيفية انشاء المنظمات الدولية والاقليمية وعلاقاتها ببعضها وعلاقاتها بالدول ، هذا بالاضافة إلى اختصاصات ووظائف هذه المنظمات .

ومن أهم المنظمات الدولية ، هيئة الأمم المتحدة بفروعها كمجلس الأمن والجمعية العامة ومحكمة العدل الدولية

ومنظمة العمل الدولية . ومن أمثلة المنظمات الاقليمية جامعة الدول العربية ، ومنظمة الوحدة الافريقية ، ومنظمة الدول المصدرة للبترول .

ويستمد القانون الدولى العام قواعده من عدة مصادر أهمها العرف الدولى ، ويتمثل فى السلوك الذى اعتادت عليه الدول فى علاقاتها ويتولد لديها الاعتقاد بأن هذا السلوك أصبح ملزمًا لها ، مثال ذلك قواعد الحصانة الدولية الخاصة بالسلك الدبلوماسى والقنصلى . وتعتبر المعاهدات الدولية كذلك مصدراً عاماً للكثير من القواعد الدولية التى تعد بمثابة قواعد تشريعية مكتوبة وملزمة للدول الموقعة عليها . وتلعب المبادئ القانونية العامة المستقرة فى النظم القانونية للبلاد المتمدينة دوراً هاماً فى خلق قواعد القانون الدولى العام .

هل يعتبر القانون الدولى العام قانونًا بالمعنى الصحيح ؟

يذهب البعض إلى القول بأن قواعد القانون الدولى العام ليست قواعد قانونية بالمعنى الصحيح نظراً لعدم وجود سلطة عليا فى الجماعة الدولية تملك سن القواعد الدولية واجبار الدول على احترامها من خلال توقيع الجزاء على من يخالفها كما هو الحل فى القانون الداخلى .

والواقع أن هذا الرأى غير صحيح ولا داعى للتشكيك فى الطبيعة القانونية لقواعد القانون الدولى العام للأسباب الآتية :

١- ليس من اللازم لوجود القواعد القانونية قيام سلطة عليا باصدارها . فالقواعد العرفية تنشأ تلقائياً داخل المجتمع وهى مصدر لقواعد القانون الوضعى ، ولذا فإن عدم وجود تشريع صادر عن سلطة عليا فى القانون الدولى ليس سنداً لانكار صفة القانون على قواعده .

٢- يتوافر الجزاء بالنسبة لقواعد القانون الدولى العام ، إلا انه جزاء من طبيعة خاصة يتناسب مع طبيعة هذه القواعد وأشخاص المخاطبين بها . وليس من اللازم أن يكون هذا الجزاء من نفس طبيعة الجزاء فى القانون الداخلى . ومن الأمثلة على جزاءات القانون الدولى ، المقاطعة الدبلوماسية والاقتصادية ، استنكار وادانة الجماعة الدولية ، الحصار الاقتصادى والعسكرى ، اعلان الحرب ، وقف العضوية من المنظمة الدولية أو الفصل النهائى منها .

٣- يجب أن نأخذ فى الاعتبار الدور الفعال الذى بدأت تلعبه المنظمات الدولية فى ارساء وتدعيم وتطبيق قواعد القانون الدولى العام . فهذه المنظمات تعتبر بمثابة سلطات عليا فى الجماعة الدولية بما لها من نفوذ أدبى ومادى تجاه الدول الأعضاء ، ويبدو ذلك واضحاً من الدور الذى تلعبه هيئة الأمم المتحدة ومحكمة العدل الدولية . حقاً أن هذه المنظمات لا تعتبر سلطات عليا حقيقية فوق الدول إلا أنها تتطور نحو هذا الاتجاه . وينبغى أن لا ننسى طبيعة القانون الدولى العام كقانون حديث النشأة ولا زال فى دور التطور والنمو .

الفرع الثانى

القانون الدستورى

(أ) تعريف :

يضم القانون الدستورى le droit Constitutionnel مجموعة القواعد التى تحدد النظام السياسى فى الجماعة ، وتبين أسس الدولة وشكلها وسلطاتها والعلاقات فيما بينها ، وكذلك حقوق الأفراد الأساسية وضمانات حريتهم .

ويتضح من ذلك أن هذا القانون يتناول الموضوعات الآتية :

١- يبين القانون الدستورى شكل الدولة ، أى ما إذا كانت دولة موحدة كمصر ولبنان وفرنسا ، أو دولة اتحادية كسويسرا والولايات المتحدة الأمريكية . ويبين كذلك نظام الحكم فيها أى ما إذا كان ملكياً أو جمهورياً ، ديمقراطياً أو دكتاتورياً ، نيابياً أو غير نيابى .

٢- ويبين هذا القانون أيضاً توزيع السلطات العامة فى الدولة ، والتى تتمثل غالباً فى سلطات ثلاث : التشريعية أو الهيئة البرلمانية كمجلس النواب أو مجلس الشعب ، التنفيذية التى يباشرها رئيس الحكومة والوزراء بمعاونة موظفى الدولة ، والقضائية التى تتولاها المحاكم على اختلاف درجاتها وأنواعها .

٣- ينظم القانون الدستورى علاقة هذه السلطات بعضها ببعض والرقابة المتبادلة فيما بينها ، واختصاصات كل منها ، وعلاقة هذه السلطات بالمواطنين .

٤- يضم هذا القانون كذلك الحقوق الأساسية للأفراد وحرياتهم العامة والحقوق السياسية ، كحرية الرأى والعقيدة وحرية الصحافة ، وحق الانتخاب،وحق التملك ، ومبدأ المساواة أمام القانون فى الحقوق والواجبات .

(ب) طبيعة قواعد القانون الدستورى :

القانون الدستورى هو القانون الأساسى ، ويسمى بالدستور أو القانون الأسمى الذى يجب الا يخالفه أى قانون أخر . فالقانون الدستورى يحتل أعلى درجة فى النظام القانونى للدولة ، ويترتب على ذلك أن القانون العادى والفرعى (اللوائح) لا يجوز لهما مخالفة القانون الدستورى .

والدستور إما أن يصدر فى صورة منحة من صاحب

السلطان أو السيادة وهو الملك أو الحاكم المطلق فى الدول الدكتاتورية ، وإما أن يصدر بواسطة جمعية منتخبة من الشعب ويطلق عليها الجمعية النيابية التأسيسية ، وإما أن يصدر عن طريق الاستفتاء الدستورى من الشعب على المشروع الذى تقوم بتحضيره هيئة معينة .

والدستور يكون فى الغالب مدونًا ، وقد يكون عرفيًا . فالدستور المدون يصدر فى صورة مكتوبة ، أما الدستور العرفى كالدستور الانجليزى فتستمد قواعده من العرف الدستورى الذى يتكون على مر السنين دون أن يصدر فى وثيقة مدونة فى تاريخ معين .

وأخيراً فإن الدستور إما أن يكون مرناً يمكن تعديل قواعده بنفس الطريقة التى يتم بها تعديل القوانين العادية ، أى أن التعديل الدستورى يتم عن طريق نفس السلطة التى تعدل القانون العادى وباتباع نفس الاجراءات ، وإما أن يكون الدستور جامداً يلزم لتعديله اجراءات أكثر تعقيداً وصعوبة عن تلك التى تلزم لتعديل القوانين العادية .

(جـ) طبيعة جزاء القانون الدستورى :

تعتبر قواعد القانون الدستورى قواعد قانونية بالمعنى الصحيح . وليس صحيحًا ما يذهب إليه البعض من التشكيك فى طبيعة هذه القواعد بحجة عدم توافر صفة الالزام فيها حيث لا توجد سلطة توقع الجزاء على من يخالفها . والجزاء فيها مجرد جزاء أدبى فقط ، لأن السلطة التى تقوم بتوقيع الجزاء هى نفسها المخاطبة بقواعد الدستور ، وإذا خالفت تلك القواعد فإنه لا يتصور أن تقوم بتوقيع الجزاء عن نفسها .

هذا القول لا أساس له من الصحة لأنه يقوم على عدم فهم

طبيعة قواعد القانون الدستورى ونوعيه الجزاء فيها الذى يتفق مع طبيعة أشخاص المخاطبين بها .

ويتمثل الجزاء فى القانون الدستورى فى الرقابة المتبادلة بين سلطات الدولة . فالبرلمان يستطيع سحب الثقة من الحكومة إذا خالفت قواعد الدستور ويستطيع كذلك توجيه الأسئلة والاستجوابات إلى أى من الوزراء فيها . ويمكن لرئيس الدولة حل المجلس التشريعى والاحتكام إلى الشعب من خلال اعادة الانتخابات أو الاستفتاء .

وتقوم السلطة القضائية كذلك بالرقابة على السلطتين التنفيذية والتشريعية فيما يصدر عنهما من قرارات أو قوانين أو أفعال تخالف الدستور ، فإذا تبين وجود المخالفة أمكن للقضاء الغاء العمل أو القرار أو القانون أو ابطاله .

ويبدو الجزاء الحقيقى فى رد فعل الشعب على مجاوزة السلطة لوظائفها واختصاصاتها الدستورية ، الذى يتمثل فى اسقاطها فى أقرب انتخابات ديمقراطية يتم اجراءها أو من خلال الثورة عليها فى حالة عدم وجود انتخابات صحيحة معبرة .

الفرع الثانى

القانون الإدارى

القانون الادارى le droit administratif هو القانون الذى يحكم نشاط الدولة الادارى أى السلطة التنفيذية فى قيامها بوظيفتها الادارية ، وتتمثل تلك الوظيفة فى حفظ الأمن والنظام وفى ادارة وتسيير أوجه النشاط المختلفة من خدمات وانتاج وذلك من خلال القيام على أمر المرافق العامة .

ويتضح من هذا التعريف أن القانون الادارى يتناول الموضوعات الآتية :

١- تحديد الأجهزة المختلفة للادارة وطريقة تشكيلها ، وعلاقاتها ببعضها وبالسلطات العامة الأخرى فى الدولة . ويمكن القول بأن هناك ثلاثة أنواع من السلطات الادارية فى الدولة : وهى السلطة الادارية المركزية ، والسلطة الادارية المحلية أو الاقليمية كالمحافظات والمجالس البلدية والمراكز ، والسلطة الادارية المرفقية .

ويتم رسم العلاقة بين السلطة المركزية والسلطة المحلية باتباع أحد أسلوبين : المركزية واللامركزية . وتعنى المركزية تجميع كل السلطات فى يد الحكومة المركزية بحيث لا تستطيع الهيئات الاقليمية اتخاذ أى قرار دون الرجوع إليها . ويقتصر دور الادارة المحلية على تنفيذ توجيهات وتعليمات الادارة المركزية وترجع إليها فى غالبية الأمور .

أما اللامركزية فتعنى منح السلطات المحلية نصيبًا أوسع من السلطة لتصريف شئونها دون الرجوع إلى الحكومة المركزية . ويتميز هذا الأسلوب بالسرعة والمرونة والفاعلية فى تصريف الأمور ، لذا تبنته الكثير من الدول ومنها مصر ولبنان .

٢- تنظيم المرافق العامة ، أى الخدمات التى توفرها الدولة للمواطنين فى مجالات الأمن والدفاع والمواصلات والتعليم والصحة . يبين القانون الادارى المرافق التى تقوم بهذه الخدمات وتكوينها وأساليب العمل فيها ونظامها القانونى ، هذا بالاضافة إلى بيان صور النشاط الادارى المختلفة ، وكيفية ممارستها .

٣- يبين القانون الادارى الأموال العامة وأساس تمييزها عن الأموال الخاصة ، والنظام القانونى للمال العام وأوجه حمايته والحفاظ عليه . ويجدر الاشارة فى هذا الصدد إلى أن الدولة تملك نوعين من الأموال يخضع كل منهما لأحكام مختلفة عن الآخر . فهناك المال العام المخصص للمنفعة العامة كالطرق والمبانى ومبانى الادارات الحكومية والمرفقية كالمستشفيات . هذا النوع من الأموال لا يجوز التصرف فيه أو الحجز عليه أو تملكه بالتقادم . وهناك المال الذى تملكه الدولة ملكية خاصة شأنها فى ذلك شأن الأفراد وما يمتلكون من أموال خاصة . ومثال ذلك كل ما تنتجه الدولة حصيلة ممارسة النشاط التجارى والصناعى والزراعى . هذا المال يعامل معاملة المال الخاص ويجوز التصرف فيه والحجز عليه كذلك .

٤- يتناول القانون الادارى تنظيم علاقة الدولة بالعاملين لديها ، أى تنظيم العلاقة الوظيفية والنظام القانونى للموظفين من حيث التعيين والترقية والنقل والتأديب ، وكل ما يتصل بواجباتهم الوظيفية والحقوق المقررة لهم ، وضمانات حمايتهم .

٥- يتضمن القانون الادارى القواعد المنظمة للعمل الادارى ، سواء تمثل ذلك فى أعمال مادية أو تصرفات قانونية. والتصرف القانونى الادارى اما أن يأخذ شكل القرار الادارى أو العقد الادارى ، وفى كلتا الحالتين يعرض القانون الادارى لشروط صحة كل منهما والآثار التى يرتبها كل تصرف .

٦- ويشمل القانون الادارى أيضاً الامتيازات التى تتمتع بها السلطة الادارية فى سبيل تحقيق المصلحة العامة . وتتمثل فى حق التنفيذ المباشر والسلطة التقديرية للادارة ،

وحق نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة ، وامكانية الاستيلاء المؤقت على هذه الملكية .

٧- واخيراً فإن من أهم موضوعات القانون الادارى القواعد التى تحدد طرق الفصل فى المنازعات الادارية ، وبصفة خاصة المنازعات التى تنشأ بين الادارة والأفراد . فالادارة يمكن أن تتصرف بطريقة تشكل مساساً بحقوق الأفراد سواء تعلق الأمر بعمل مادى أو قرار ادارى أو عقد من العقود الادارية ، هنا يحق للأفراد اللجوء إلى القضاء للفصل فى هذه المنازعة .

هناك بعض الدول تأخذ بنظام القضاء الموحد الذى يفصل فى كل المنازعات العادية والادارية مثل انجلترا . فى مثل هذه الدول لا يوجد قانون ادارى مستقل ولا توجد بالتالى قواعد خاصة بنظر المنازعات الادارية .

وهناك دول أخرى يوجد فيها قضاء ادارى إلى جانب القضاء العادى . هذا القضاء يطلق عليه اسم مجلس الدولة فى مصر ومجلس شورى الدولة فى لبنان . ويختص بمراقبة مشروعية أعمال الادارة والغائها إذا كانت مخالفة للقانون . والحكم بالتعويض للأفراد الذين وقع عليهم ضرر بسبب هذه الأعمال غير المشروعة . وتأخذ مصر بنظام القضاء المزدوج فيوجد فيها إلى جانب القضاء العادى قضاء ادارى . ومن ثم فإن القانون الادارى المصرى يتضمن قواعد تنظيم المحاكم الادارية وتحديد اختصاصاتها وطرق الطعن أمامها فى القرارات والأعمال الادارية .

هذا وينبغى ملاحظة أن القانون الادارى غير مقنن أى أن قواعده لا يجمعها تقنين واحد مثل القانون المدنى أو القانون الجنائى ، والسبب فى ذلك هو أن قواعد القانون الادارى

معظمها من خلق القضاء ، أى أن مصدرها القضاء الادارى وليس التشريع ، وهى قواعد مرنة ومتطورة مع تطور الظروف المتغيرة . ومن ثم فإنه من الصعب تجميعها فى نصوص ثابتة . أضف إلى ذلك تزايد النشاط الادارى وتشعبه فى كافة المجالات على نحو يصعب معه تجميع كل القواعد التى تحكمه فى مجموعة واحدة . لذا فإننا نجد قواعد القانون الادارى مبعثرة فى تشريعات متعددة كقانون الادارة المحلية ، وقانون موظفى الدولة ، وقانون المرور إلى غير ذلك من القوانين .

الفرع الرابع

القانون المالى

القانون المالى le droit financier هو القانون الذى ينظم مالية الدولة ، من حيث بيان مواردها المالية من ضرائب ورسوم وايرادات وقروض ، وبيان أوجه الانفاق . فالقانون المالى يدور حول ميزانية الدولة بما تتضمنه من ايرادات ومصروفات .

ويعتبر هذا القانون فى الأصل جزءاً من القانون الادارى حيث كان فرعاً من فروعه ينظم الجانب المالى لنشاط الادارة ومالية الدولة ، إلا أن تشعب موضوعاته وتنوعها جعل من المناسب فصله عن القانون الادارى وأصبح فرعاً مستقلاً من فروع القانون العام .

ويتضمن هذا القانون تنظيم القواعد التى تتبع فى أعداد الميزانية السنوية للدولة وتنفيذها والرقابة عليها ، وتشمل الميزانية الايرادات والمصروفات ، ويطلق على هذه القواعد اصطلاح علم المالية العامة . وهو يبين الأموال التى تنفقها

الدولة على المرافق والخدمات وكيفية الحصول على هذه الأموال من الضرائب بكافة أنواعها والرسوم التى تحصلها نظير ما تقدمه من خدمات ، والايرادات التى تعود عليها من عائد المشروعات التجارية والصناعية .

الفرع الخامس

القانون الجنائى

القانون الجنائى le droit Criminel هو القانون الذى يتضمن القواعد المنظمة لحق الدولة فى العقاب وذلك ببيان الأفعال التى تعتبر جرائم والعقوبات المقررة لكل منها ، والاجراءات التى تتبع فى القبض على مرتكبى الجرائم ومحاكمتهم وتنفيذ العقوبات فيهم .

فالجريمة تعتبر اعتداء على المجتمع ومساساً بالمصلحة العامة لأن ارتكابها يشكل اخلالاً بالأمن والطمأنينة فى الجماعة . وتختص الدولة بتوقيع العقوبة على الجانى من خلال الدعوى العمومية التى تتولاها النيابة العامة بوصفها ممثلة للمجتمع .

والقانون الجنائى أو الجزائى ينقسم قسمين : قانون العقوبات وقانون الاجراءات الجنائية .

(أ) قانون العقوبات :

يتضمن قانون العقوبات le droit pénal تحديد الأفعال التى يعتبر ارتكابها جريمة ، وبيان العقوبة المقررة لكل فعل وذلك تطبيقاً للمبدأ الدستورى القائل بأنه لا جريمة ولا عقوبة بغير نص . فالأصل فى الأفعال الاباحة وأنه لا يمكن العقاب على ارتكاب فعل إلا إذا وجد نص تشريعى يقضى بذلك ، ولا يكفى

مجرد العرف . والقاعدة أن قوانين العقوبات ليس لها أثر رجعى . فهى لا يمكن أن تطبق إلا من يوم صدورها . ولا تسرى على الأفعال التى تم ارتكابها قبل نفاذها .

ويبين قانون العقوبات شروط المسئولية الجنائية من خلال تحديد أركان الجريمة وشروطها وأسباب تخفيف العقوبة أو تشديدها أو الاعفاء منها . ويطلق على تلك الأحكام القسم العام أو النظرية العامة للقانون الجنائى . ويتناول هذا القسم أركان الجريمة من الناحية القانونية . وتتمثل هذه الأركان فى الركن الشرعى أى النص على تجريم الفعل ، والركن المادى أى القيام بنشاط اجرامى معين . والركن المعنوى وهو العلاقة الذهنية بين الجانى والفعل ، كنية اصابة الشخص عند توجيه الضربة إليه ، هذا بالاضافة إلى ضرورة توافر أهلية المسائلة الجنائية أى الأهلية لدى مرتكب الفعل ليكون مسئولاً مسئولية جنائية .

ويتضمن قانون العقوبات كذلك القسم الخاص الذى يبين الشروط الخاصة بكل جريمة سواء تعلق الأمر بالجرائم التى تقع على الدولة كالاخلال بالأمن الداخلى أو الخارجى أو اختلاس الأموال الأميرية أو الرشوة أو تزييف العملة ، أو بالجرائم التى تقع على الأفراد فى أجسامهم كالقتل أو الضرب ، أو فى اعتبارهم كالقذف أو السب ، أو على أموالهم كالسرقة أو خيانة الأمانة .

والجريمة ثلاثة أنواع : الجناية والجنحة والمخالفة . والعقوبات الجنائية إما أن تكون أصلية وهى الاعدام والأشغال الشاقة المؤبدة والمؤقتة والسجن والحبس والغرامة ، وإما أن تكون تبعية مثل المصادرة والفصل من الخدمة .

(ب) قانون الاجراءات الجنائية :

يوجد إلى جانب قانون العقوبات الذى يتضمن القواعد الموضوعية فى القانون الجنائى ، قانون الاجراءات الجنائية Droit d'Instructions Criminelles الذى يتضمن القواعد الشكلية فى هذا القانون لأنه يقتصر على بيان كيفية تطبيق قانون العقوبات .

فهو يبين الاجراءات الواجب اتباعها منذ وقوع الجريمة حتى تنفيذ الحكم الصادر فيها ، وذلك من خلال تحديد قواعد التحقيق والتفتيش وجمع الأدلة والإحالة إلى المحاكمة والسلطات المختصة بذلك ، وبيان المحاكم الجنائية وتشكيلها وأحكامها وطرق الطعن فيها وكيفية تنفيذ الأحكام والعقوبات المحكوم بها على الجانى .

المطلب الأول
فروع القانون الخاص

يتضمن القانون الخاص عدة فروع هى : القانون المدنى والقانون التجارى ، والقانون البحرى والقانون الجوى ، وقانون العمل وقانون التأمين الاجتماعى ، وقانون المرافعات ، والقانون الدولى الخاص .

الفرع الأول
القانون المدنى

يعتبر القانون المدنى le droit Civil الفرع الأساسى للقانون الخاص ، فقد كان ينظم كافة علاقات التعامل بين الأفراد ، إلا أن بعض هذه العلاقات قد انفصلت لتنظمها

فروع مستقلة من القانون ، مثل القانون التجارى وقانون العمل والقانون الزراعى . لذلك فإن القانون المدنى يعتبر الشريعة العامة أو القانون الأصلى الذى ينبغى الرجوع إليه وتطبيق أحكامه فى حالة عدم وجود نص خاص بالعلاقة محل النزاع .

يضم القانون المدنى طائفتين من القواعد ، الأولى تنظم علاقات الأحوال الشخصية والثانية علاقات الأحوال المالية .

(أ) بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية statut personnel فتضم كل العلاقات التى تنشأ من نظام الأسرة ، أى علاقات الانسان داخل أسرته ، من انعقاد الزواج وآثاره وانحلاله ، ومسائل البنوة والنسب والنفقة والقرابة ، وغير ذلك من المسائل المرتبطة والمتفرعة كحالة الأشخاص وأهليتهم والولاية والوصاية ، وبدء شخصية الانسان وانتهائها وخصائص هذه الشخصية من اسم وموطن وأهلية ، هذا بالاضافة إلى المواريث والوصايا والهبات .

(ب) أما عن المعاملات المالية أو مسائل الأحوال العينية statut réel فتشمل نوعين من القواعد :

١- الحقوق الشخصية أو الالتزامات أو حقوق الدائنية . والحق الشخصى هو رابطة مالية بين شخصين ، يلتزم بمقتضاها أحدهما وهو المدين بأن يؤدى لمصلحة الطرف الآخر وهو الدائن حقاً ذا قيمة مالية . ويتضمن القانون المدنى القواعد التى تبين مصادر الالتزام وآثاره وانتقاله وانقضائه واثباته وأوصافه . هذا بالاضافة إلى القواعد التى تنظم العقود المدنية كالبيع والايجار والشركة والتأمين وغيرها ، والتى تعد أحكامها تطبيقاً للقواعد العامة فى الالتزامات .

٢- الحقوق العينية ، ويقصد بالحق العينى السلطة

المباشرة التى تثبت للشخص على شئ مادى معين بالذات ، ويستطيع بمقتضى هذه السلطة القيام بأعمال معينة للاستفادة من هذا الشئ . والحقوق العينية نوعان ، الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق ، والحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية كحق الرهن بنوعيه الحيازى والرسمى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز.

ويتضمن التقنين المدنى فى غالبية الدول الحديثة كل القواعد السابقة التى تنظم مسائل الأحوال الشخصية ومسائل الأحوال العينية. إلا أن القانون المدنى ، فى أغلب الدول العربية ، يضم فقط الأحوال العينية أما الأحوال الشخصية فتنظمها قوانين الأحوال الشخصية والشرائع الدينية للطوائف المختلفة .

وكذلك الحال بالنسبة للقانون المصرى حيث ترك مسائل الأحوال الشخصية منظمة طبقًا لأحكام الشريعة الاسلامية بقوانين خاصة بكل من الميراث والوصية والوقف والولاية على المال . أما بقية مسائل الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق وثبوت النسب فتخضع لأحكام الشريعة الاسلامية بالنسبة للمسلمين ، ولقواعد الطوائف المسيحية بالنسبة للمسيحيين ، ولأحكام الشريعة اليهودية بالنسبة لليهود .

ويستمد القانون المدنى المصرى أحكامه من عدة مصادر :

١- القانون المدنى القديم ، حيث أخذ منه المشرع الكثير من الأحكام التى لا تزال صالحة فى التطبيق ومتفقة مع ظروف العصر .

٢- أحكام القضاء المصرى ، حيث فضل المشرع الحفاظ على الثروة التى أرساها القضاء من المبادئ والتقاليد والنظريات وقننها بطريقة حديثة مثل الحوادث الطارئة ، وضمان المؤجر للعيوب الخفية ، حقوق الجوار ، رهن الحصة الشائعة .

٣- الفقه الاسلامى ، حيث أعتمد المشرع على الشريعة الاسلامية إلى حد كبير بين مصادره ، فجعلها مصدراً عاماً يرجع إليه القاضى إذا لم يجد حكماً فى التشريع أو العرف ، وجعلها مصدراً خاصاً لطائفة من أحكامه . ولا ينكر ما للفقه الاسلامى من مكانة رفيعة بين مذاهب الفقه العالمى ، ومن أمثلة الأحكام المأخوذة عن الشريعة الاسلامية نظرية التعسف فى استعمال الحق وحوالة الدين ومبدأ الحوادث غير المتوقعة ومجلس العقد وايجار الوقف والحكر وايجار الأرض الزراعية وانقضاء الايجار بموت المستأجر وبيع المريض مرض الموت والغبن وتبعة الهلاك فى البيع وغرس الأشجار والعلو والسفل والشفعة إلى غير ذلك من أحكام .

٤- القانون المقارن أو التقنينات الحديثة ، حيث حرص المشرع على الاستفادة من هذه التقنينات فى نواحى الصياغة والأسلوب وبعض الجوانب الموضوعية . حاول المشرع أن ينتفع بمزاياها وأن يتوقى عيوبها ، وهذا كله فى حدود تقاليدنا القانونية وما استقر عليه قضاؤنا وفقهنا . وأهم التقنينات التى تم الرجوع إليها ، الفرنسى والايطالى والسويسرى والألمانى والبولونى وبعض التقنينات الجرمانية .

الفـرع الثـانى

القانون التجارى

(أ) مفهـوم :

القانون التجارى le droit Commercial هـو مـجمـوعـة القواعد التى تحكـم العلاقات الـتجارية أى علاقات الـتجار ، والأعـمـال التجارية ، وتشمل هـذه القواعد الموضوعات الآتية :

١- بيان الصـفات التى يجب تـوافرها فى الشـخـص حتى يكون تاجراً . فالـقانون التجارى يبدأ بتحـديد الأشـخاص الذين يتوافر لهـم وصف التجار ، وما يترتب على توافر هذا الوصف من مركز قانونـى محدد يخول التاجر بعض الحـقوق ويلـزمه بعده الـتزامات كامـساك الدفاتـر التجاريـة والقيد فـى الـسجل التجارى .

٢- تحديد الأعمال التجارية التى يتحدد على ضوئها نطاق تطبيق هـذا القانون ، وكافة مظاهـر النشاط التجارى كـأعمال السمسرة والبـورصـة والوكالة بالعمولة وعـقود النقل والرهـن التجـارى . هـذا بالاضافـة إلى كافة الـعقود الـتجارية ، والأوراق الـتجاريـة الـتـى تشـمـل الشـيـك والكـمـبـيـالة والـسـنـد الاذنـى والأسـهم وسائر عمليات البنوك .

٣- ينظـم القانون الـتجارى الـشركـات التجـارية بأنواعـها المختلفة : شركات الأشـخـاص من تضامـن وتـوصية بسيطة ، وشـركـات الأمـوال مـن تـوصـيـة بالأسـهـم ومـسـاهـمـة وذات مـسـئـولية مـحدودة ، ويتـناول تنـظيم هـذه الشـركات أحـكام انشـائها ونشـاطها وانقضـائها .

٤- ينظـم الـقانون الـتجارى كذلك افـلاس التاجر فـى حالة

التوقف عن سداد ديونه ، فيعين شروط الحكم بالافلاس وشهره واجراءاته وما يترتب على ذلك من آثار بالنسبة للدائنين وبالنسبة للتاجر .

٥- يتناول القانون التجارى موضوعات أخرى كثيرة مثل براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والأسماء والعلامات التجارية ، هذا بالاضافة إلى القواعد المنظمة للغرف التجارية واتحاد الصناعات والبورصات التجارية .

(ب) استقلال القانون التجارى عن القانون المدنى :

الموضوعات التى ينظمها القانون التجارى تعتبر معاملات مالية بين الأفراد لذا كانت جزءاً من القانون المدنى ، إلا أنها استقلت بسبب طبيعتها الخاصة التى تتسم بالسرعة والثقة والائتمان مما لا يتلائم مع بعض القيود التى يفرضها القانون المدنى .

- فالتجارة تقتضى سرعة التعامل لأن المعاملات التجارية كثيرة التقلب وتتطلب التداول المستمر لنقل البضائع . ولن تتحقق هذه السرعة إلا من خلال اجراءات مبسطة تتسم بالحرية ولا تتقيد بالقيود التى يتطلبها القانون المدنى فى المعاملات المدنية ذات الطابع البطئ والمتأنى .

ويبدو ذلك فى مجال الاثبات . فالقانون التجارى يجيز اثبات المعاملات التجارية بكافة طرق الاثبات كشهادة الشهود والقرائن والدفاتر التجارية لأن تلك المعاملات تتم بسرعة ، شفاهة أو بالبرق أو بالتليفون أو بالتلكس . وذلك بخلاف الحال فى القانون المدنى الذى يتطلب الكتابة لاثبات التصرفات القانونية التى تصل قيمتها حداً معيناً .

- وتقتضى المعاملات التجارية كذلك الثقة والائتمان ،

حيث يعد ذلك من أهم عوامل ازدهار النشاط التجارى . فمثلاً يعتد بالدفاتر التجارية فى اثبات حقوق التاجر وتقدير الضرائب المستحقة عليه ، بالرغم من أنه هو الذى يحررها بيده وذلك بشرط أن تكون هذه الدفاتر منتظمة .

تبدو الثقة التجارية من خلال وسائل الوفاء والائتمان التجارى التى ابتكرها العرف التجارى فيما يسمى بالأوراق التجارية كالكمبيالة والسند الاذنى والشيك ، وهى تمثل بديلاً عن النقود فى وفاء التجار لالتزاماتهم . وكان من اللازم أن تتوافر الثقة فى هذه الأوراق وضرورة تداولها بمجرد التأشير عليها أو تسليمها .

وتتأكد هذه الثقة كذلك من خلال شدة الجزاء الذى يقرره القانون التجارى بالنسبة للتاجر المتوقف عن دفع ديونه الحالة مما يخل بالائتمان التجارى ، ويتمثل هذا الجزاء فى شهر افلاسه ، ورفع يده عن ادارة أمواله وحرمانه من العمل فى التجارة ، هذا بالاضافة إلى امكان الحكم عليه بعقوبات معينة إذا كان افلاسه ناجمًا عن الغش والتدليس من جانبه . ولعل السبب فى قسوة الجزاء الذى يتعرض له التاجر المتوقف عن الدفع هو إن هذا التوقف من شأنه أن يؤدى إلى اضطراب المعاملات التجارية لأن كل تاجر يعتبر مديناً أو دائناً فى نفس الوقت بسبب تداول البضائع بين التجار اعتماداً على الثقة .

ومن الأمثلة على استقلال القانون التجارى عن القانون المدنى كذلك افتراض التضامن بين المدينين فى المعاملات التجارية بمعنى أنه إذا كان هناك عدة مدينين فى نفس الدين فإن كلاً منهم يكون مسئولاً عن الوفاء بكل الدين وليس بحصته فقط . ويستطيع الدائن أن يرجع على أى مدين منهم

بهذا الدين ، وذلك خلاف الحال فى القانون المدنى الذى يكون الأصل فيه عدم التضامن ولا يسأل المدين إلا عن حصته فى الدين فقط ، وذلك ما لم يكن هناك نص قانونى أو اتفاق بين الأطراف على ذلك . فالتضامن لايفترض فى القانون المدنى .

يتضح مما سبق أن ضرورة السرعة والثقة والائتمان فى المعاملات التجارية كانت السبب وراء استقلال القانون التجارى بقواعد مختلفة تتفق مع طبيعته عن القانون المدنى ، إلا أن هذا الاستقلال لا يعنى انقطاع الصلة بين كل من القانونين . فلا يزال القانون المدنى هو الأصل أو الشريعة العامة حيث تطبق أحكامه فى الحالات التى لا يوجد فيها نص فى القانون التجارى .

الفرع الثالث

القانون البحرى والقانون الجوى

يعتبر كل من القانون البحرى والقانون الجوى جزءاً من القانون التجارى ، إلا أن كل منهما يزداد استقلالاً مع تقدم الأنشطة الملاحية البحرية والجوية .

(أ) القانون البحرى :

ينظم القانون البحرى le droit maritime النشاط التجارى أى المعاملات التى تنشأ بمناسبة الملاحة البحرية ، لذا فهو يرد أساساً على السفينة باعتبارها أداة التجارة البحرية ، ويتضمن ذلك التنظيم القانونى للسفينة سواء من حيث الاسم والتسجيل والجنسية ، والعقود التى ترد عليها مثل عقد البيع ، وعقد التجهيز ، وعقد رهن السفينة وعقد التأمين عليها .

ويتناول القانون البحرى عقد العمل البحرى ، والمركز القانونى للربان وعلاقته بصاحب السفينة وبالعاملين عليها ، ومسئولية مالك السفينة والربان ، هذا إلى جانب أحكام عقد النقل البحرى ومسئولية الناقل .

وينظم القانون البحرى المسائل المتعلقة بالأخطار التى تتعرض لها السفينة أثناء الرحلة البحرية كالانقاذ والمساعدة والتصادم والخسائر البحرية والكوارث البحرية والحطام البحرى .

ويرجع استقلال القانون البحرى عن القانون التجارى بقواعد خاصة إلى طبيعة النشاط البحرى وأداته . فالسفينة ذات قيمة كبيرة وتتعرض لأخطار خاصة أثناء الملاحة . وتتم الرحلة لمسافات طويلة بعيدة عن رقابة صاحب السفينة . أضف إلى ذلك الطابع الدولى للرحلة البحرية حيث تتم بين عدة دول مما دعا إلى وجود كثير من الاتفاقيات الدولية كمصدر من مصادر القانون البحرى ، مثال ذلك اتفاقية بروكسل الخاصة بالمساعدات والانقاذ والمصادمات البحرية لعام ١٩١٠ ، وتلك الخاصة بسندات الشحن لعام ١٩٢٤ .

(ب) القانون الجوى :

يتناول القانون الجوى droit aérein المسائل المتعلقة بالملاحة الجوية والواردة أساسًا على الطائرة . ويدخل فى ذلك تسجيل الطائرة وجنسيتها والنظام القانونى لطاقمها ، وعقد النقل الجوى ومسئولية الناقل ، هذا بالاضافة إلى التأمين الجوى ، والمسئولية عن التصادم واختطاف الطائرات والجرائم التى ترتكب على متنها .

ونظرًا للطبيعة الخاصة للرحلة وربطها بين أكثر من دولة ، تعد الاتفاقيات الدولية من أهم مصادر القانون الجوى .

الفــرع الرابع

القانون الزراعى

يتمثل الـقانون الزراعى droit rural ou agraire فى مجموعة الـقـواعـد التـى ترتـبط بـالأرض الزراعـية سـواء تـعلـق الأمـر بالملكـية الزراعية أو بالاسـتغلال الزراعى فى صـورة ايجار أو مـزارعـة . هـذا بالاضـافـة إلى الـقـواعـد الـتى تـحـمى الـثـروة الزراعية والحيوانية .

يـنظـم القانـون الزراعـى بيـان الحـد الأقـصى لـلمـلكيـة الزراعـيـة فـى مـصـر سـواء تعلـق الأمـر بـملـكيـة الأســرة أو بملكيـة الفرد ، وقوانين تـملك الأجانب للأرض الزراعـية ، هذا إلى جـانب تـنظيم الاسـتـغلال الـزراعى فـيمـا يتـعلق بـتنظيم الائتمان والتعاون والعمل الزراعى وكـل ما يتعلق بالجمعيات الزراعية .

الفــرع الخامس

قانون العمل والتأمينات الاجتماعية

(أ) قانون العمل :

يضـم قانـون الـعـمل droit de travail الـقـواعـد الـتـى تـحـكم العـلاقـات الـقانـونيـة بـين الـعـمـال وأصـحـاب الأعـمـال . وهى علاقـات مبـنية على تـبعية العامل لـرب العمل . فـالعمـل يتم لحساب أشـخاص آخرين ، مقابل أجر محـدد ، وتحت اشرافهم وتوجيههم .

وقـانون الـعـمل من الـفروع الـحديـثة نـسـبـياً حـيث كـانت علاقات العمل محكومة بقـواعد القانون المدنى ، ولا زالت تلك

القواعد الشريعة العامة لتكملة الأحكام التى تحكم عقد العمل ، أى يتم الرجوع للقانون المدنى فى حالة عدم وجود نص خاص فى قانون العمل .

أدت الثورة الصناعية إلى ظهور طبقة كبيرة من العمال التى عانت من الظلم والاستغلال نتيجة سيادة المذهب الفردى الذى ترك الحرية الاقتصادية لأصحاب الأعمال فى أن يستخدموا العمال طبقاً لقانون العرض والطلب مما أدى إلى التحكم فى العمال وتشغيل النساء والأطفال وانخفاض الأجور وكثرة حوادث العمل دون حماية .

كان من الطبيعى أن ينهض العمال وتتوحد صفوفهم ضد هذا الظلم للمطالبة بحقوقهم ورفع الاستغلال ، وناصرهم فى ذلك المفكرون والفلاسفة أنصار المذهب الاشتراكى والعدالة الاجتماعية ، مما أدى إلى ظهور التشريعات العمالية ذات الطابع الاجتماعى لتنظيم علاقة العمل على نحو يكفل حد أدنى للأجر وتحديد ساعات العمل وضمانات تشغيل النساء والأطفال ، وحماية العمال ضد البطالة وحوادث المهنة ، وكانت تلك التشريعات نواة ظهور قانون العمل الذى استمر فى التطور والاستقلال والقوة بسبب الطبيعة الآمرة لغالبية نصوصه التى تكفل حماية العامل ، ومن ثم يبطل الاتفاق المخالف لحكم من الأحكام المقررة لمصلحة العامل .

وكان من شأن الطبيعة الآمرة للكثير من قواعد قانون العمل أن اعتبره البعض فرعاً من فروع القانون العام أو على الأقل من القوانين المختلطة التى تنتمى إلى كل من القانون العام والقانون الخاص ، ويستندون فى ذلك إلى أن قانون العمل أصبح يضم بين أحكامه بعض القواعد المتعلقة بالقانون العام مثل مكاتب تشغيل العاطلين والعاجزين ،

ضـــرورة تسـجيل عقــد العـمل المشـترك لدى جـهـة ادارية معيـنة . ونظام التفتـيش على أماكن العمل ، وقواعد التـجريم والعقاب الخاصة بمخالفـة أحكام قانون العمل . ففى مثل هذه الحـالات تظهـر الدولة بوصـفهـا صاحبة سلـطة عامـة لتنظيم علاقات العمل وحماية الطبقة العاملة .

إلا أن الرأى الغالب يـرى انتماء قانون العمل إلى القانون الخاص لأن العبرة بالقواعد الغالبة والأساسية فى هـذا الفرع والتى تدور حول علاقات خاصة بين العمال وأصحاب الأعمال.

ويتـناول قانون العمل تـنظيم عـلاقات العـمل من حـيث الـزمـان مـن خـلال تـحـديـد سـاعـات الـعـمـل وأوقـات الـراحـة والاجازات ، وتـنظيم عمـل النساء والأحـداث ، وضـمان سـلامة العـامليـن والرعـاية الصـحية ، وتحـديد الأجـور وضمـاناتهـا ، وحماية العمال من نظام الفصل التعسفى والجزاءات التأديبية التعسفية .

وتتـضمـن قواعـد قانون العـمل كذلك بـالاضافة إلى عقـد العـمل الفـردى ، عـلاقات الـعـمل الجـماعـية وعـقود الـعـمل المشـتركة ومسائل فض المنازعـات من التوفـيق والتحـكيم العمالى ، وتنظيم النقابات العمالية واختصاصاتها .

(ب) قانون التأمين الاجتماعى :

وظهـرت إلـى جـانب قـانـون الـعـمـل ، قـوانيـن التـأمـيـنات الاجـتمـاعـية الـتى ارتبـطت فى الـبداية بفكـرة تأمـين الـطبـقـة الـعمالـية من مـخاطـر اصابات الـعمل والـعجـز والشيـخوخة والبطالة ، إلا أن تلك القـوانين بدأت حديثاً فى الانتشـار لتغطى كـافة طـبقـات الشـعب وأصـبح التـأمـين الاجـتمـاعى حـقًا من الحقوق الانسانية .

فلـم يـعد التـأمين الاجـتمـاعى securité social قاصـراً على

العمال ، بل امتد ليغطى كل فئات القوى العاملة ، بما فى ذلك أصحاب الأعمال وباقى أفرد الشعب ، ويشمل التأمين الاجتماعى تغطية كافة المخاطر الاجتماعية من مرض وبطالة وعجز وشيخوخة ووفاة .

الفرع السادس
قانون المرافعات

يتضمن قانون المرافعات مجموعة القواعد المتعلقة بتنظيم الاجراءات الواجب اتباعها أمام القضاء لحماية الحقوق المدنية المعتدى عليها أو المتنازع فيها ، ويطلق عليه قانون المرافعات المدنية والتجارية droit de procédure civile et Commerciale أو القانون القضائى الخاص ويطلق عليه فى لبنان أصول المحاكمات المدنية .

ويعتبر قانون المرافعات قانون شكلى أو اجرائى ، مثل قانون الاجراءات الجنائية ، لأنه ينظم اجراءات التقاضى أمام المحاكم بشأن الحقوق التى تقررها قواعد القانون الخاص ، وبصفة خاصة قواعد القانون المدنى والقانون التجارى وقانون العمل .

ويضم هذا القانون القواعد الخاصة بتشكيل المحاكم واختصاصاتها وطرق رد القضاة وعدم صلاحيتهم ، واجراءات رفع الدعوى وسير الخصومة أمام القاضي واصدار الأحكام وطرق الطعن فيها من معارضة أو استئناف أو نقض أو التماس اعادة النظر ، ومسائل تنفيذ الأحكام .

ويعتبر قانون المرافعات من فروع القانون الخاص لأنه القانون المختص بحماية الحقوق الخاصة . إلا أن البعض يرى أنه فرع من فروع القانون العام لأنه يعنى بتنظيم

السلطة القضائية وهى سلطة من سلطات الدولة . ويذهب آخرون إلى اعتباره من القوانين المختلطة لأنه يتضمن بعض المسائل المتصلة بالقانون العام والبعض الآخر المتصل بالقانون الخاص .

الفرع السابع
القانون الدولى الخاص

القانون الدولى الخاص droit international privé هو مجموعة القواعد التى تبين القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبى ، ومدى اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات المتعلقة بتلك العلاقات ، هذا بالاضافة إلى قواعد الجنسية والموطن ومركز الأجانب .

وتكون العلاقة ذات عنصر أجنبى إذا كان أحد أطرافها أجنبياً ، أو كان محلها مالاً موجوداً بالخارج ، أو كان مصدرها عقداً مبرماً فى بلد آخر .

فقد يتزوج مصرى من لبنانية بفرنسا ، فما هو القانون الواجب التطبيق على النزاع الذى قد يحدث بينهما بشأن الطلاق أو النفقة أو البنوة ، وما هى المحكمة التى تختص بنظر هذا النزاع ؟ وهل يتغير الحكم إذا كان النزاع بشأن عقار موجود بدولة أخرى كسويسرا ؟ وما هى الجنسية التى تكون للأبناء ؟ وهل من حق الأبوين أو الأولاد الاحتفاظ أو اكتساب جنسية معينة ؟ وما هو مركزهم القانونى كأجانب فى الدولة المستضيفة ؟ .

فالقانون الدولى الخاص يجيب على مثل تلك التساؤلات ، وعلى هذا فهو يضم عدة مجموعات من القواعد :

١ - قواعد تنازع الاختصاص القضائى الدولى وتبين الحالات التى يختص فيها القضاء الوطنى بنظر المنازعات التى يكون فيها عنصر أجنبى .

٢- قواعد تنازع القوانين ، وتبين القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبى ، حيث يوجد هناك أكثر من قانون محتمل التطبيق على النزاع المعروض .

٣- قواعد الجنسية ، التى تحدد الأشخاص الذين يتمتعون بالجنسية الوطنية ، وكيفية اكتساب هذه الجنسية وأسباب زوالها .

٤- القواعد التى تحدد مركز الأجانب فى الدولة وما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات ، والقواعد الخاصة بالموطن أى التى تتعلق بتوطن الأجانب فى الدولة .

ويجرى العمل على اعتبار القانون الدولى الخاص من فروع القانون الخاص ، بالرغم من أنه يضم بعض القواعد التى تنتمى إلى القانون العام مثل قواعد الجنسية والموطن ومركز الأجانب لأنها تتعلق بتحديد شعب الدولة والعلاقات بين الدولة والأفراد ، ولعل ذلك هو الذى دفع البعض إلى القول بأن القانون الدولى الخاص يعد من الفروع المختلطة بين القانون العام والقانون الخاص .

المبحث الثانى

القواعد الآمرة والقواعد المكملة

(أ) أساس التقسيم :

ينظم القانون علاقات الأفراد بطريقة تختلف حسب طبيعة وأهمية المصلحة موضوع العلاقة . فإذا تعلق الأمر

بموضوع وثيق الصلة بالجماعة ، عظيم الأثر فى حياتها . تدخل القانون لتنظيمه بقواعد ذات طبيعة أمرة أى تتسم بالالزام الذى لا يسمح فيه للأفراد بالاتفاق على ما يخالفه .

أما فى حالة تعلق الأمر بمصالح خاصة بالأفراد فإن القانون يترك حرية تنظيم هذه المصالح وفقًا لما يرتضونه . إلا أنه يضع فى نفس الوقت قواعد تنظم هذه المصالح وتطبق فى الحالة التى لا يتفق فيها الأفراد على حكم معين ، تلك القواعد تسمى بالقواعد المكملة أو المفسرة régles supplétives ou interprétatives .

فالقواعد الآمرة régles impératives هى التى لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة حكمها . وإذا حاول الأفراد مخالفة هذه القواعد وقع تصرفهم باطلاً ولا يعتد به قانوناً . ومن أمثلة القواعد الآمرة تلك المتعلقة بمنع الاعتداء على جسم الانسان أو ماله ، وتلك المرتبطة بالضرائب (١) ، والتى تعين المحرمات من النساء ، وتلك التى تحظر التعاقد على ارث غير مستحق أو تركة مستقبلة ، فقد قدر المشرع أن

---

(١) لئن كان القانون الذى يفرض ضريبة معينة يعتبر قانوناً آمراً فيما يتعلق بفرضها ، إلا انه لا يعتبر كذلك فيما يتعلق بتعيينه الشخص الذي يلزم بها فيجوز الاتفاق بين المؤجر والمستأجر على مخالفة هذا التعيين - وهو المستفاد من المادة ٥٦٧ من القانون المدنى - طالما أن هذا الاتفاق لا يتعارض مع نص القانون أو قاعدة تعيين حد اقصى للأجرة القانونية . (الطعن رقم ٩٠٩ لسنة ٤٨ ق جلسة ٨١/٦/١٠ س٣٢ ص ١٨٥٦) .

لما كانت النصوص المتعلقة بفرض الضرائب وتنظيم اجراءات وقواعد ربطها وتحصيلها من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام قصد بها المشرع تنظيم وضع بذاته على نحو محدد ولا يجوز الخروج عليه ، ومن ثم فإن مخالفتها تستوجب البطلان دون حاجة للنص عليه وتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها . (الطعن ٣١٣ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩١/٣/٢٥) .

مثل هذه الأمور تتعلق باقامة النظام فى الجماعة ، ومن شأن السماح للأفراد التعديل فيها أن يؤدى إلى المساس بالمصالح الأساسية للمجتمع.

أما القواعد المكملة فهى تلك التى يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها ، أو هى تكمل ارادة الأفراد فى تنظيم المسائل التى تتعلق بمصالحهم ويترك لهم القانون حرية تنظيمها . فالأفراد فى معاملاتهم يتفقون أحياناً على المسائل الجوهرية دون التفصيلية أو الثانوية التى كثيراً ما يثور بصددها العديد من المنازعات بعد ذلك ، لهذا يضع القانون أمام الأفراد نموذجًا فى صورة قاعدة مكملة أن شاءوا أخذوا بحكمه وإن شاءوا اتفقوا على ما يخالفه . أى أنه فى حالة سكوت الأفراد عن تنظيم المسألة طبق القاضى الحكم الذى أورده القانون فى القاعدة المكملة .

ومن أمثلة القواعد المكملة تلك التى تقضى بأن ثمن المبيع يدفع فى مكان ووقت تسليم المبيع ، فهى تطبق إذا لم يتفق الأفراد على مكان ووقت آخر للوفاء بالثمن (١) . كذلك القاعدة التى تقضى بأن نصيب كل من الشركاء فى الأرباح والخسائر يكون بنسبة حصته فى رأس المال ويستطيع الشركاء الاتفاق على التوزيع بنسب تختلف عن ذلك ، ولكن القاعدة تطبق فى حالة عدم الاتفاق على ما يخالفها .

مفاد ما تقدم أن القاعدة الآمرة تمثل ارادة المجتمع العليا فى تنظيم نشاط أو موضوع أو علاقات قانونية على وجه معين يتفق مع مصلحة المجموع ، ويصل حكمها فى نظر المجتمع إلى درجة من الأهمية والقوة مما لا يسمح بالاتفاق على ما

---

(١) م٤٦٣ مدنى.

يخالفها واستبعاد تطبيقها . ويطلق عليها آمرة لأنها تتضمن أمراً لا مناص للأفراد من طاعته ، وتمثل قيداً مفروضاً على حرية الأفراد .

أما القاعدة المكملة فتوضع لتكملة ارادة الأفراد فى حالة عدم اتفاقهم على حكم مسألة معينة ، ذلك إنها تنظم روابط قانونية تتعلق فقط بالمصالح الخاصة للأفراد ، فهى لا تصل فى نظر المجتمع إلى ذات الدرجة من الأهمية والقوة التى وصلت إليها القواعد الآمرة . ويقتصر نطاق القواعد المكملة على دائرة المعاملات المالية .

(ب) صفة الالزام فى القاعدة القانونية المكملة :

لا شك فى أن كل قواعد القانون تعتبر ملزمة . وصفة الالزام تبدو واضحة فى القواعد الآمرة . أما القواعد المكملة فنظراً لامكان الاتفاق على ما يخالفها فإن صفة الالزام تبدو محل شك أو تساؤل .

تعتبر القواعد المكملة ملزمة هى الأخرى ولكن هذا الالزام مرهون بشرط هو عدم الاتفاق على ما يخالفها . فهذا الشرط لازم لتطبيق القاعدة القانونية ولا ينفى عنها صفة الالزام . كل ما فى الأمر أن كل قاعدة قانونية تتطلب شروطاً معينة لتطبيق حكمها ، ومن شروط تطبيق القاعدة المكملة عدم وجود اتفاق مخالف .

فالواقع أن القاعدة المكملة ملزمة إذا لم يوجد اتفاق على عكس حكمها من جانب الأفراد . فالالزام فيها لا ينصرف إلى الكافة بل إلى طائفة معينة من الأشخاص هم الذين لم تنصرف ارادتهم إلى مخالفتها. إن تطبيق القاعدة المكملة معلق على شرط هو عدم اتفاق الأفراد على عكس ما جاء بها من أحكام . فإذا وجد هذا الاتفاق ، فقدت القاعدة أحد شروط

تطبيقها ، ويرجع استبعاد تطبيقها لا بسبب عدم الزامها وإنما لأن شروط تطبيقها لم تتوافر .

(جـ) معيار التفرقة بين القاعدة الآمرة والقاعدة المكملة :

نظراً للاختلاف الهام بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة كان من الضرورى وضع معيار للتفرقة بين النوعين من القواعد . وهناك معياران فى هذا الصدد .

١- **المعيار المادى أو اللفظى** : ويقوم على أساس الرجوع إلى عبارات النصوص القانونية نفسها . فقد تتضمن القاعدة القانونية نفسها عبارة تعبر عن طبيعتها .

فالقاعدة الآمرة قد تتضمن فرض عقوبة على من يخالفها مثل قواعد قانون العقوبات التى تعتبر كلها آمرة . وقد تنص القاعدة على بطلان كل اتفاق مخالف لها أو عدم الاعتداد به . مثال ذلك النص الذى يقضى بأن التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة يقع باطلاً ولو كان برضاه . والقاعدة التى تقرر بأنه إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم فى أرباح الشركة أو خسائرها كان عقد الشركة باطلاً . والقاعدة التى تقرر بأن الشركاء غير المديرين ممنوعون من الادارة . ولكن يجوز لهم أن يطلعوا بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها ، وكل اتفاق على غير ذلك باطل .

ومن أمثلة القواعد التى تدل النصوص على صفتها المكملة تلك التى تقضى بأن نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشترى ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك . وتلك التى تقضى بأن يكون ثمن المبيع مستحق الوفاء فى مكلن وزمان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك. والقاعدة التى تقرر بأنه إذا وجب أن يصدر قرار بالأغلبية تعين الأخذ

بالأغلبية العددية ما لم يتفق على غير ذلك .

ففى الحالات السابقة تدل عبارات النص بوضوح على طبيعة القاعدة ومدى جواز الاتفاق على ما يخالفها ، إلا أنه كثيراً ما لا تتضمن القاعدة القانونية ما يفيد التعرف على كونها آمرة أو مكملة ، لذلك يتم الالتجاء إلى معيار آخر وهو المعيار المعنوى .

٢- **المعيار المعنوى** : ومقتضاه أن القواعد التى تتعلق بالمصالح الأساسية والحيوية فى الجماعة تعتبر ذات طبيعة آمرة . وهذا ما يعبر عنه بالنظام العام والآداب . أى أن القواعد الآمرة هى تلك التى تتعلق بالنظام العام والآداب أما القواعد المكملة فتتعلق بالمصالح الخاصة بالأفراد . فهى التى لا تتعلق بالنظام العام ولا تمس الآداب . ولكن ما هو النظام العام والآداب ؟

النظام العام L'Ordre puplic يتمثل فى مجموع المصالح الأساسية للجماعة أى الأسس والدعامات التى تمثل الحد الأدنى الذى لا يتصور بقاء الجماعة بدونه . تلك الأسس قد تكون ذات طبيعة سياسية وتتصل بها القواعد التى تحدد السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية ونظام الحكم فى الدولة (١) ، وقد تكون الأسس اقتصادية وتتصل بها

---

(١) القواعد القانونية التى تعتبر من النظام العام هى قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية او اجتماعية او اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد ، فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية ، باعتبار أن المصلحة الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة وسواء ورد فى القانون نص يجومها أو لم يرد . (الطعن ٤٩٤ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩١/٣/١٤) .

القواعد المتعلقة بالتأميم والقطاع العام ورسم الخطة والعملة . وقد تكون الأسس اجتماعية كنظام الأسرة والأهلية وعلاقات العمل . فكل القواعد المتصلة بالأسس السابقة تعتبر ذات طبيعة آمرة .

أما الآداب les bonnes moeurs فيقصد بها مجموع الأسس الخلقية التى يقوم عليها بنيان المجتمع وكيانه المعنوى أى الحد الأدنى من قواعد الأخلاق اللازم لحفظ كيان الجماعة وبقائها والتى يؤدى تخلفها إلى انحلاله . ومن أمثلة القواعد المتعلقة بالآداب تلك التى تحرم الاتفاقات الخاصة بالدعارة والقمار .

يتضح من ذلك أن النظام العام هو مجموعة الأسس التى يقوم عليها كيان الجماعة . تمثل هذه الأسس المصالح الجوهرية للمجتمع ، سواء كانت مصالح سياسية أو اقتصادية أو مالية أو اجتماعية . أما الآداب فتمثل مجموعة الأسس الخلقية التى يقوم عليها البناء الاجتماعى .

والقاعدة المتعلقة بالنظام العام والآداب هى قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وإلا وقع هذا الاتفاق باطلاً بطلاناً مطلقاً ، ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به لأنه مقرر لحماية مصلحة عامة، ويجب على القاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه ، ويزول العقد الباطل ويعتبر كأن لم يكن ويعاد المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد .

- القواعد القانونية التى تعتبر من النظام هى قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية او اجتماعية او اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولا يجوز لهم ان يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية ، لأن المصالح الفردية لا تقوم امام المصلحة العامة. (الطعن ٣٨٥ لسنة ٤٤ق جلسة ٢٤/٤/١٩٨٠ س ٣١ ص ١١٩٢)

ولا يوجد معيار ثابت لفكرة النظام العام والآداب لأنها تتسم بالمرونة والنسبية فهى تختلف باختلاف الزمان والمكان . وتتطور من وقت لآخر بل أنها تتفاوت حسب طبيعة الوسط الاجتماعى . فالرق كان مباحاً فى وقت من الأوقات . وتعدد الزوجات يخالف النظام العام والآداب فى الدول الأوربية . وما يخالف الآداب فى مجتمع ريفى قد لا يخالفه فى مجتمع مدنى . وقد يختلف الأمر فى المجتمع الشرقى عن نظيره الأوروبى وهكذا . والنظام العام السياسى أو الاقتصادى يختلف فى المجتمع الاشتراكى عنه فى المجتمع الرأسمالى .

وأمام مرونة فكرة النظام العام والآداب فإن للقضاء سلطة واسعة فى تحديد مضمون كل منهما نظراً لعدم ثبات ونسبية هذا المضمون وتغيره فى الزمان والمكان . إلا أن القاضى لا يقدر ذلك بمعيار شخصى أى استناداً إلى عقيدته ورأيه ، بل هو مقيد بالاتجاهات السائدة فى الجماعة أياً كانت ميوله أو معتقداته الشخصية ، أى أن معيار قياس النظام العام والآداب هو معيار موضوعى وليس شخصى ، يستلهم فيه القاضى - ليس ميوله أو معتقداته الشخصية - بل ضمير الجماعة واتجاهاتها والروح العامة للنظام القانونى السائد . لهذا فإنه يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض .

(د) مجال القواعد الآمرة والقواعد المكملة :

رأينا أن كل ما يتعلق بالنظام العام والآداب يعتبر من قبيل القواعد الآمرة . والقاعدة الآمرة تعتبر قيداً على سلطان الارادة فى ابرام التصرفات القانونية ، بمعنى أن ارادة الأفراد تلتزم بالانصياع لهذه القاعدة ، بحيث يكون الاتفاق أو التصرف المخالف باطل بطلاناً مطلقاً ، أى لا يقبل الاجازة أو

التصحيح . ويكون لكل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان . وعلى القاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك به أحد الخصوم لأن الأمر يتعلق بالمصلحة العامة .

وفكرة النظام العام وبالتالى القواعد الآمرة تجد مجالها أساساً فى القانون العام بفروعه المختلفة ، لأن القانون العام ينظم العلاقات التى تدخل السلطة العامة طرفًا فيها سعياً وراء المصلحة العامة ، مثل القانون الدستورى أو الادارى أو المالى أو الجنائى . فهذه القوانين تتضمن قواعد آمرة نظراً لأنها ترتبط بموضوعات تعتبر من صميم النظام العام الاقتصادى أو السياسى .

أما القانون الخاص باعتباره مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات بين الأفراد ، فإن قواعده تكون فى الأصل مكملة ، إلا أنه يضم كذلك بعض القواعد الآمرة .

وفى الحقيقة يتوقف مجال القانون العام أى القواعد الآمرة على فلسفة المذهب السائد فى الجماعة . فإذا ساد المذهب الفردى الذى يرى فى الفرد الغاية العليا فى التنظيم الاجتماعى ، وأن القانون يقتصر دوره على كفالة مصلحة الفرد ، فإن مبدأ سلطان الارادة هو الذى يزدهر ويقل مجال القواعد الآمرة ، ويزداد دور الارادة لأن قواعد القانون تكون فى أغلبها مكملة أى تقتصر على تكملة ارادة الأفراد دون تقييدها .

أما المذاهب الاشتراكية أو الاجتماعية فترى أن الجماعة وليس الفرد هى الغاية العليا ، ومن ثم فنظام المجتمع هو القيمة العليا التى يحميها القانون . فتحقيق مصالح الجماعة يأتى قبل كل شئ ولو بتقييد ارادة الأفراد . لذا نجد اتساع مفهوم فكرة النظام العام ، ويلعب القانون العام بما يضم من

قواعد آمرة دوراً رئيسياً فى النظام القانونى.

فالملكية تكون فى النظام الفردى حقاً مطلقاً لا ترد عليه قيود ، أما فى النظام الاشتراكى فانها مجرد وظيفة تعطى للفرد لتحقيق الصالح العام . وإذا أساء استعمالها فإنها تقبل التقييد والنزع أو التأميم ، فالملكية هى أساساً ملك للجماعة.

ويستطيع الأفراد ابرام ما يشاءون من عقود وتضمينها ما يرون من الشروط فى المذهب الفردى ، أما المذهب الاجتماعى أو الاشتراكى فارادة الأفراد تكون مقيدة بقيود تتعلق بالنظام العام والآداب .

ففى مصر مثلاً حيث يجتمع المذهبين الفردى والاجتماعى نجد أن الأصل هو حرية ابرام العقود أى مبدأ سلطان الارادة ، إلا أن هناك بعض القيود ترد على العقود بصفة عامة وبعض العقود بصفة خاصة وذلك بهدف حماية بعض الطبقات الضعيفة ، مثال ذلك عقد الايجار الذى يفرض القانون امتداده على المؤجر ، ويفرض عليه كذلك قيمة الأجرة وعقد العمل الذى يلزم القانون رب العمل بالعديد من الشروط لمصلحة العامل ولا يمكن الاتفاق على ما يخالف هذه الشروط وإلا كان الاتفاق باطلاً .

(هـ) المصلحة كمعيار للتمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة :

قد يرى المشرع أن هناك بعض الأمور التى يتعين عليه تنظيمها بنفسه ، ولا يترك فيها مجالاً لاختيار الأفراد ، ولا يعتد فى صددها بارادتهم ، نظراً لارتباط تلك الأمور الوثيق بالكيان الأساسى للمجتمع . وينبغى على الأفراد الانصياع لحكم القانون ويبطل كل اتفاق مخالف . هنا نكون بصدد قاعدة آمرة تفرض على الناس احترامها ، وهى قد تحتوى

على مضمون ايجابى أو سلبى ، أى تتضمن اتيان أمر معين أو نهى عن مسألة ما .

وقد يرى المشرع ترك الحرية للأفراد فى تنظيم شئونهم بأنفسهم نظراً لارتباط الأمر بمصالحهم الشخصية دون المصلحة العامة للمجتمع . ومع ذلك يضع المشرع تنظيماً نموذجياً يجوز للأفراد اتباعه أو الاعراض عنه . فإذا اتفق الأطراف على قواعد معينة تعين اتباعها ، وفى حالة عدم الاتفاق تم اعمال التنظيم الوارد بالتشريع . هنا نكون بصدد قاعدة قانونية مكملة أى تكمل ارادة المتعاقدين فى حالة سكوتها أو مخيرة تخير الأفراد اتباعها أو مخالفتها ، أو مفسرة أى تفسر ارادة المتعاقدين فى حالة غموضها .

ونظراً لغموض فكرة النظام العام والآداب كمعيار للتمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة ، لجأ البعض إلى معيار آخر يتمثل فى فكرة المصلحة التى هى محور الفقه الاسلامى .

يقول الشاطبى : « أن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد فى العاجل والآجل معًا ، اعمالاً لقول الحق « وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين » . وتكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها فى الخلق . وهذه المقاصد لا تعدو ثلاثة أقسام : أحدها أن تكون ضرورية ، والثانى أن تكون حاجية والثالث أن تكون تحسينية .

– أما الضرورية فمعناها أنها لابد منها فى قيام مصالح الدين والدنيا ، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح على استقامة، بل على فساد وتهارج وفوت حياة ، وفى الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين . ومجموع الضرورات خمسة ، وهى : حفظ الدين ، والنفس ، والنسل ، والمال ، والعقل .

– وأما الحاجيات فمعناها أنها مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدى فى الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب . فإذا لم تراع دخل على المكلفين – على الجملة – الحرج والمشقة ، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادى المتوقع فى المصالح العامة ، وهى فى المعاملات كالقراض والمساقاة والسلم ، وفى الجنايات كالتدمية ، والقسامة ، وضرب الدية على العاقلة ، وتضمين الصناع ، وما أشبه ذلك .

– وأما التحسينات فمعناها الأخذ بما يليق من محاسن العادات ، وتجنب الأحوال المدنسات التى تأنفها العقول الراجحات . ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق ، وهى فى المعاملات كالمنع من بيع النجاسات ، أو سلب العبد منصب الشهادة والامامة ، وفى الجنايات كمنع قتل الحر بالعبد ، أو قتل النساء والصبيان والرهبان فى الجهاد .

وقسم الغزالى مصالح الشرع أيضًا إلى ضرورات وحاجات وتحسينات ، وعرف المصلحة بأنها « عبارة فى الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة ، ولسنا نعنى به ذلك ، فإن جلب المنفعة ، ودفع المضرة مقاصد الخلق وصلاح الخلق فى تحصيل مقاصدهم ، لكنا نعنى بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع . ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم أو نفسهم ، وعقلهم ، ونسلهم ، ومالهم ، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول ، فهو مفسدة ودفعها مصلحة ، وهذه الأصول الخمسة حفظها واقع فى رتبة الضرورات ، فهى أقوى المراتب فى المصالح ، ومثاله قضاء الشرع بقتل الكافر المضل ، وعقوبة المبتدع الداعى

إلى بدعته ، فإن هذا يفوت على الخلق دينهم ، وقضاؤه بايجاب القصاص اذ به حفظ النفوس ، وايجاب حد الشرب اذ به حفظ العقول التى هى ملاك التكليف وايجاب حد الزنى إذ به حفظ النسل والانساب . وايجاب زجر الغصاب والسراق اذ به يحصل حفظ الأموال التى هى معاش الخلق ، وهم مضطرون إليها .

وهكذا نرى الفقه الاسلامى يعبر باصطلاح الضرورات عن المصالح الأساسية فى المجتمع ، وعلى ذلك يمكن إتخاذها كمعيار للقواعد الآمرة .

وقد تبنى الفقه الأمريكى فكرة المصلحة ، ويعرفها العميد باوند بأنها المطلب أو الحاجة أو الرغبة أو الأمل الذى يسعى الناس إلى تحقيقه فرادى أو جماعات . وتنقسم إلى أصناف ثلاثة :

– مصالح فردية هى المطالب أو الرغبات المتعلقة بحياة الفرد ؛ وتشمل مصالح الشخصية ، والمصالح المرتبطة بالوجود الاقتصادى الفردى ، والمصلحة فى انماء العلاقات المثمرة مع الآخرين .

– مصالح عامة ، وهى المطالب أو الرغبات التى تفترضها الحياة فى مجتمع منظم سياسياً ، وتنصب على طبيعة الدولة باعتبارها شخصاً قانونياً . والمصالح الموضوعية المتعلقة بالملكية العامة المستخدمة فى أغراض جماعية ، وكذلك المصالح التى يحميها قانون العقوبات باعتبار الدولة أمينة على الصالح العام .

– مصالح اجتماعية ، وهى المطالب أو الرغبات التى تقتضيها الحياة الاجتماعية فى مجتمع متمدين ، فهناك المصالح الاجتماعية فى الأمن العام والصحة العامة واكتساب

الأشياء وتنفيذ التصرفات ، وأمن القيم الاجتماعية المتعلقة بالأسرة والدين والسياسة ، والأخلاق العامة وحفظ الثروة الاجتماعية والتقدم العام .

والهدف من قائمة تلك المصالح المحمية أن تكون معدة لخدمة القضاء ، حيث يجب على القاضى الموازنة والتوفيق بين هذه المصالح ، مع وجوب الاستعانة بالأخلاق والاقتصاد والسياسة والاجتماع . وتتجاوب المصالح فى الزمان والمكان مع ظروف كل بلد أمام دواعى التغيير وعوامل الثبات .

الباب الثانى

مصادر القانـون

les Sources Du Droit

الفصل الأول
نظرة عامة

(أ) المقصود بمصادر القانون :

المصدر هو المنبع source ، ومصدر الماء هو المكان الذى يخرج منه الينبوع . تستخدم عبارة مصادر القانون للدلالة على عدة معان هى :

١- **المصدر المادي للقانون** Source matérielle أى مجموعة العوامل المختلفة التى يستمد منها القانون مادته . ويقصد به المصدر الموضوعي للقاعدة القانونية . ويتمثل فى العوامل الطبيعية والاقتصادية والسياسية والجغرافية والدينية التى يستلهمها المشرع فى وضع القاعدة القانونية ، وترتبط تلك العوامل بتحديد مضمون القانون وجوهره كما رأينا .

٢- **المصدر التاريخى للقانون** Source Historique أى الأصل التاريخى الذى رجع إليه المشرع عند وضعه للقاعدة القانونية ، فالشريعة الاسلامية والقانون الفرنسى مصدران تاريخيان للقانون المصرى ، وتعتبر الشريعة الاسلامية المصدر التاريخى للقانون اليمنى . والقانون الفرنسى هو المصدر التاريخى للقانون اللبنانى .

٣- **المصدر الرسمى للقانون** Source formelle أى السبب المنشئ للقاعدة القانونية بمعنى الطريق الذى تأتى منه القاعدة أو المنبع الذى تخرج منه لتصبح ملزمة وقابلة للتطبيق ، وذلك كالتشريع والعرف .

ويلزم لدراسة أو للتعرف على قانون معين الرجوع إلى مصادره الرسمية ، تلك المصادر التى تختلف من مجتمع لآخر ومن زمان لآخر .

فقد كان العرف المصدر الرسمى للقانون فى المجتمعات الأولية إلا أنه مع تقدم الجماعات وزيادة أوجه النشاط وتعقده ، ووجود سلطة عليا فى الجماعة أصبح التشريع هو المصدر الرسمى للقانون فى الكثير من المجتمعات ، وإن كانت بعض القوانين كالقانون الانجليزى تأخذ بنظام السوابق القضائية كمصدر أساسى للقانون ، أى أن كل محكمة تتقيد بأحكام المحاكم الأعلى منها درجة . وتقتصر دراستنا هنا على المصادر الرسمية للقانون بالمعنى الأخير السابق تحديده .

(ب) القانون بين المصدر الرسمى والمصدر المادى:

١ - إن المصدر الرسمى أو الشكلى للقانون يتمثل فى القالب الذى تفرغ فيه القاعدة وتخرج إلى الناس حتى تصير ملزمة . والمصدر الرسمى الرئيسى للقانون فى العصر الحاضر هو التشريع ، ويليه فى المرتبة العرف ، وإن كانت أهميته تتفاوت من بلد إلى آخر .

إن أول ما ينبغى أن يفعله الباحث القانونى هو الالمام بنظرية مصادر القانون فى النظام القانونى الذى يريد أن يبحث أحكامه ، حيث يتعين معرفة مكان العثور على القاعدة القانونية ، وكيفية تفسيرها وتطبيقها ، فيستخدم فى كل قانون طرق التفسير الخاصة به لا بغيره من القوانين .

وترتبط مصادر القانون ، فى الواقع بالنظام الاجتماعى والاقتصادى والسياسى للمجتمع ، وبمراحل التطور التاريخى التى بلورت القانون القائم ، لذا تختلف نظرية

مصادر القانون من نظام قانوني لآخر . » فالصدارة فى القانون الأنجلو أمريكى لأحكام القضاء ، وذلك نتيجة للظروف التاريخية لنشأة هذا القانون على يد محاكم الملك فى انجلترا . إن المصدر الأول للقاعدة القانونية هو مبادئ الشريعة العامة common low التى وضعها القضاء ، وتكملها مبادئ العدالة equity التى أدخلتها محكمة المستشار cout of chancery ، ولا يعتد بالتشريع statue ، بالرغم من كثرته ، إلا كمصدر تكميلى يخضع لقاعدة التفسير الضيق . أما العرف العام general custom فلقد امتصته أحكام القضاء وسجلته كجزء من الشريعة العامة ولم يعد مصدراً مستقلاً للقانون » .

أما القانون الفرنسى والألمانى فقد غلبت فيهما حركة التقنين وأصبح المصدر الأول للقاعدة القانونية هو التشريع ويليه العرف وقواعد العدالة . ونفس الحكم بالنسبة للقانون المصرى ، إلا أنه نظراً لأهمية الدين بصفة عامة والشريعة الاسلامية بصفة خاصة . فإنها تحتل مكانة هامة بين مصادر هذا القانون .

٢- **أما المصدر الفعلى** source réelle **أو المصدر المادى** source matérielle الذى تستمد منه القواعد القانونية مضمونها فيتمثل فى المصالح الغالبة المشروعة فى المجتمع الذى تنطبق فيه . فإذا وردت قاعدة سلوك فى نص تشريعى ، كان التشريع هو المصدر الرسمى لهذه القاعدة ، بينما المصلحة التى أراد المشرع تغليبها هى المصدر الفعلى لها إن مصالح العباد هى المصدر المادى للقواعد القانونية . وتوجد قواعد قانونية ترجع جذورها إلى مصالح سادت فى أزمنة ماضية أو فى مجتمعات أجنبية واستمر

مفعولها نتيجة لأسباب تاريخية أو دينية ، فالفقه الاسلامى والقانون الفرنسى مصدران تاريخيان لبعض القواعد القانونية فى المجتمع المصرى .

إن القانون يمتد بجذوره إلى المجتمع الذى ينبع منه ، لذا لا يتسنى فهم نظرية المصادر الرسمية للقانون إلا بعد تحديد الصلة بين الواقع الاجتماعى والقواعد القانونية أى بين المصالح والقواعد أو بين المصدر الفعلى والمصدر الرسمى للقانون . إن الواقع الاجتماعى الذى ينبغى على القانون تنظيمه هو عبارة عن مصالح وحاجات . والمصالح قد تكون مادية أو مثالية أو دينية أو وطنية أو خلقية ، كما قد تكون جماعية أو فردية ، عامة أو خاصة .

وطبقاً للفقه الاسلامى فإن الشرائع توضع لمصالح العباد . وتسيطر المصلحة على هذا الفقه فى مجموعه ، حيث يقسم المصلحة إلى الضرورات والحاجات والتحسينات . « والضرورات لابد منها فى قيام مصالح الدين والدنيا ، بحيث إذا فقدت فسدت مصالح الدنيا وفات النعيم فى الأخرى . ومثلها فى المعاملات ما كان راجعًا إلى مصلحة الانسان مع غيره ، كانتقال الأملاك بعوض أو بغير عوض ، بالعقد على الرقاب أو المنافع أو الابضاع . والحاجات مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدى فى الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب ، ومثلها فى المعاملات القراض والمساقاة والسلم . والتحسينات هى الأخذ بما يليق من محاسن العادات وتجنب الأحوال المدلسات التى تأنفها العقول الراجحات . ومثالها فى المعاملات سلب العبد منصب الشهادة والامامة » .

وتتولى القواعد القانونية تنظيم المصالح البشرية من خلال أدوات ذهنية تتمثل فى الأفكار والتصورات والمدركات ، مثل فكرة العقد والملكية ، وهى تقوم بدور رئيسى فى مجال الفكر القانونى ، حيث تستخدم كطريقة فنية لتحقيق القانون . ولكن الأفكار لا تستطيع أن تخدم الحياة العملية إلا من خلال التكيف مع الواقع الحى ، فهى فى حاجة مستمرة إلى تعديل مضمونها طبقًا لتطور الواقع الذى تترجمه . هكذا كان يفعل الفقه الاسلامى ، كان كلما تغير وضع المصالح فى الحياة العملية قام بتعديل مضمون الأفكار القانونية .

يبدأ المشرع بتقييم المصالح فى المجتمع ، ثم يضع القواعد لحماية المصالح الجديرة بالرعاية ، ثم يجمع كل مجموعة من القواعد المترابطة فى فكرة مثل الملكية أو العقد . فالقاعدة القانونية لا تنتج اذن عن أفكار مسبقة ، بل هى وليدة المصالح المشروعة للعباد .

(جـ) المصادر الرسمية للقانون المصرى :

المصادر الرسمية للقانون المصرى هى : التشريع ، العرف ، مبادئ الشريعة الاسلامية ، مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة . وهذا الترتيب الذى أورده القانون للمصادر يعتبر ملزمًا للقاضى ، حيث ينبغى عليه البحث عن القاعدة الواجبة التطبيق على النزاع المعروض فى المصادر السابقة بنفس الترتيب ، فلا يمكن الالتجاء إلى العرف إلا إذا لم يوجد للمسألة محل النزاع تنظيم فى التشريع وهكذا.

فمن المسلم به أن التشريع يعتبر المصدر الرسمى الأول والعام فى جميع النظم القانونية المعاصرة التى تعرف التشريع المكتوب . وهذا هو الحكم فى القانون المصرى .

ويأتى العرف فى المرتبة الثانية أى كمصدر احتياطى بعد التشريع .

أما عن الشرائع الدينية فقد جعل منها المشرع مصدراً رسميًا أصليًا لبعض مسائل الأحوال الشخصية التى لم يتدخل التشريع لتنظيمها وبصفة خاصة مسائل الأسرة . وللشريعة الاسلامية مركز خاص فى غير مسائل الأحوال الشخصية حيث اعتبرها المشرع مصدراً رسمياً احتياطياً للقانون تأتى مرتبتها بعد العرف .

وأخيراً فإن مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة تعد بالضرورة بمثابة المصدر الاحتياطى الأخير أمام القاضى فى حالة عدم وجود حكم للنزاع فى نص تشريعى أو فى قاعدة عرفية أو فى مبادئ الشريعة . يقوم القاضى بالاجتهاد فى استنباط حكم النزاع المعروض عليه مستهدياً فى ذلك بقواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعى ، ذلك أن القاضى ملزم فى جميع الأحوال بالفصل فى النزاع عليه حتى لا يعد مرتكباً لجريمة انكار العدالة .

يتضح مما سبق أن هناك مصادر أصلية للقانون وأخرى احتياطية . تنحصر المصادر الرسمية الأصلية فى مصدرين : مصدر أصلى عام هو التشريع ومصدر أصلى خاص هو الدين . وتتمثل المصادر الاحتياطية فى العرف ومبادئ الشريعة ومبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة . هذا إلى جانب المصادر التفسيرية Sources interprétatives الممثلة فى الفقه والقضاء .

ونعرض لتلك المصادر على التوالى فى الفصول التالية :

الفصل الثانى

التشـــريع la législation

نعرض لدراسة التشريع على عدة مراحل تتمثل فى: تعريف التشريع ومزاياه ومقارنته بالتقنين ، أنواع التشريع وطرق وضعه ، نفاذ التشريع ، رقابة صحة التشربع ، طرق صياغة التشريع ، انقضاء التشريع .

المبحث الأول

تعريف التشريع ومزاياه ومقارنته بالتقنين

المطلب الأول

التشريع مكانته ومزاياه

(أ) تعريف التشريع :

التشريع هو قيام السلطة المختصة فى الدولة بوضع القواعد القانونية فى صورة مكتوبة ، حيث تقوم هذه السلطة بوضع قواعد ملزمة لتنظيم العلاقات فى المجتمع طبقًا للاجراءات المقررة لذلك . والتشريع بهذا المعنى هو الذى يعتبر مصدراً للقانون .

ويطلق لفظ التشريع كذلك على مجموعة القواعد القانونية التى تصدر عن السلطة المختصة لتنظيم أمر من أمور الجماعة ، فيقال مثلاً تشريع العمل وتشريع الضرائب وتشريع المخدرات . والتشريع بهذا المعنى لا يعبر عن المصدر الذى يمدنا بالقاعدة القانونية بل يعبر عن القواعد المشتقة من هذا المصدر . لذا فإن لفظ التشريع هنا يعبر

عن بعض ما يؤديه لفظ القانون فى معناه الخاص . فيقال قانون الضرائب وقانون العمل .

(ب) خصائص التشريع :

يتضح من التعريف السابق أن التشريع يتميز بعدة خصائص تتمثل فى أنه يضع قاعدة قانونية ، ويصدر عن سلطة عامة مختصة ، فى صورة مكتوبة .

أولاً : التشريع يضع قاعدة قانونية بخصائصها المعروفة من أنها قاعدة سلوك اجتماعى ، عامة ومجردة ، تقترن بجزاء مادى يوقع على من يخالفها .

فيجب لتوافر وصف التشريع قيام عنصر موضوعى وآخر شكلى . إن التشريع باعتباره مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية يحتوى على عنصر موضوعى هو مضمون الخطاب الموجه إلى الكافة . ويقصد بالعنصر الموضوعى وجود قاعدة قانونية تتوافر فى شأنها الخصائص السابق بيانها ، ويتصل ذلك بمضمون التشريع . وهذا ما يطلق عليه التشريع بالمعنى الموضوعى أو المادى .

ويقصد بالعنصر الشكلى صدور القاعدة القانونية طبقاً لقواعد سن التشريع المقررة فى الدستور . فالتشريع باعتباره مصدراً للقاعدة القانونية يحتوى على عنصر شكلى هو صدوره من السلطة المختصة ، فهناك قالب شكلى تنصهر فيه القاعدة لتخرج من خلاله إلى الناس ، ولكن هذا القالب يعرض القاعدة فى صياغة معينة تعاون على تحقيق أهداف محددة . فالشكل هو التعبير الخارجى عن المضمون ، أى المظهر المجسد الذى تتخذه العناصر المميزة المحددة لهذا المضمون . وبالنسبة إلى القانون فإن الشكل هو مظهر التعبير عن ارادة صاحب السلطة فى الجماعة بصورة تجعلها

ذا وجود خارجي ملموس فى الحياة الاجتماعية .

وبناءً على ذلك لا يعد تشريعاً فى مفهوم نظرية مصادر القانون القواعد التى لا تتوافر فى شأنها صفة العمومية والتجريد . لا يصدق وصف التشريع من الناحية الموضوعية على الأحكام التى لم تتوافر فيها خصائص القاعدة القانونية ، أى التى يتوافر فيها العنصر الشكلى دون العنصر الموضوعى ، مثال ذلك قوانين ربط الموازنة العامة للدولة ، فهى تعد قوانيناً من الناحية الشكلية لأنها صادرة من السلطة التشريعية ولكنها ليست قوانيناً من الناحية الموضوعية لأنها لا تضع قواعد قانونية بخصائصها المعروفة (١) .ومثال ذلك أيضاً القانون الصادر بالموافقة على عقد قرض تبرمه السلطة التنفيذية ، والقانون الصادر بتأميم شركة معينة ، والقانون الذى يرخص لوزير البترول فى ابرام اتفاقيات البحث عن البترول واستغلاله .

ثانياً: التشريع يصدر فى صورة مكتوبة : تصدر القاعدة التشريعية فى صورة وثيقة رسمية مكتوبة . ويحقق الشكل المكتوب للقاعدة القانونية التحديد والثبات اللازمين لاستقرار المعاملات ، ويزيل عنها كل غموض أو ابهام قد يتعلق بوجودها أو مدلولها أو تاريخ نشأتها .

ثالثاً : التشريع يصدر عن سلطة مختصة بوضعه : لا تتكون القاعدة التشريعية بطريقة تلقائية داخل الجماعة ، كما هو الحال بالنسبة للعرف ، بل لابد من تدخل ارادة واعية

---

(١) وتقرر محكمة النقض بأن قانون ربط الميزانية لا يعتبر قانوناً إلا من الناحية الشكلية ، أما من الناحية الموضوعية فهو عمل تنفيذى ادارى . نقض ٣٠/٤/١٩٦٠ س ١١ ص ٢٥٦ .

تتولى وضعها والالزام بها ، وتتمثل هذه الارادة فى السلطة التشريعية ، حيث يمنحها الدستور بوصفها سلطة عامة ذات سيادة الاختصاص بوضع التشريعات . أدى ظهور مبدأ الفصل بين السلطات إلى اختصاص السلطة التشريعية بوضع القواعد القانونية التى تنظم المجتمع . وتعد هذه القواعد تعبيراً عن ارادة الشعب لأن المجلس الذى يتولى وضعها يتم انتخابه عن طريق الشعب .

وقد يصدر التشريع عن طريق الشعب مباشرة من خلال الاستفتاء الشعبى . وقد يصدر من السلطة التنفيذية فى الحالات التى يمنحها الدستور هذا الحق . تتولى هذه السلطة اصدار اللوائح والتشريعات الفرعية ، ويصدق عليها وصف التشريع من الناحية الموضوعية إذا تضمنت قواعد سلوكية عامة ومجردة صدرت فى نطاق اختصاص السلطة التنفيذية (١). وتعتبر بالتالى مصدراً من مصادر القانون . ولكن اللوائح والتشريعات الفرعية تختلف عن التشريع العادى من الناحية الشكلية لأن هذا الأخير يصدر عن السلطة التشريعية .

(جـ) أهمية التشريع فى العصر الحديث :

يعتبر التشريع من أهم مصادر القانون فى العصر الحديث ، فالأغلبية الساحقة من القواعد القانونية تستمد منه

---

(١) والمقرر – فى قضاء هذه المحكمة – انه يقصد بالقانون معناه الأعم فيدخل فيه اى تشريع سواء كان صادراً من السلطة التشريعية او من السلطة التنفيذية طبقاً للمادة ١٠٨ من الدستور او استناداً الى المادة ١٤٤ منه والتى نصت فى عجزها على ان « يجوز ان يبين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه » . (الطعن ٢٢٠ لسنة ٥٦ق – جلسة ١٩٩٠/٥/٢٤ ، نقض جلسة ١٩٨٤/١/١٩ س ٣٥ ص ٤٣) .

وجودها فى النظم القانونية المعاصرة . ولم يكن التشريع يحتل هذه المكانة فى الماضى ، فقد كان العرف يحتل مكان الصدارة بين مصادر القانون .

ظهرت القواعد القانونية أول ما ظهرت فى تاريخ الانسانية فى شكل أعراف قبلية ، وهى الأعراف التى صارت قواعد قانونية حينما تبلورت السلطة المركزية وتمكنت الفئات الحاكمة من بسط نفوذها ثم فرض سلطانها . وقد دونت هذه الأعراف كتابة فى وقت مبكر فى شكل نصوص تشريعية ، لاكساب القاعدة القانونية ايضاحًا بعد غموض ، وثباتاً بعد تغير . وهكذا أدى تدوين العرف فى المجتمعات المختلفة إلى الدفع بعجلة القانون إلى الأمام ، إذ صدرت القواعد فى شكل مكتوب ، وانقشعت عنها سحب الغموض . ولم تكن المدونات فى البداية قانوناً خالصًا ، بل كانت خليطاً من القصص الشعبى والأخبار التاريخية والقواعد الشرعية ، مثل التوراه التى وضعها أحبار اليهود بأيديهم ، ثم انفصل فى مرحلة لاحقة الشرع عن القصص ، كما هو حال الألواح الاثنى عشر وقانون حمورابى ..شهد العصر الحديث منذ مطلع القرن التاسع عشر حركة التقنين أى صياغة القواعد القانونية فى شكل نصوص تتضمنها مجموعات مثل القانون المدنى الفرنسى لسنة ١٨٠٤ المعروف بقانون نابليون ، وتلاه قانون العقوبات الفرنسى ١٩١٠ .

ويكمن السبب فى ازدياد أهمية التشريع إلى توطد سلطة الدولة وتشعب أنشطتها ونمو الاتجاهات الاجتماعبة التى تقضى بتدخل الدولة فى العديد من المجالات لتنظيمها عن طريق التشريع . أضف إلى ذلك تطور وتعقد الروابط الاجتماعية على نحو يتطلب سرعة اصدار العديد من التشريعات التى تحكمها .

(د) مزايا التشريع وعيوبه :

يتمتع التشريع بعدة مزايا تتمثل فى :

١- يمتاز التشريع بوضوح الصياغة ، حيث يصدر فى صورة مكتوبة من خلال عبارات وألفاظ محددة تساعد على التأكد من وجوده وتحديد معناه ، ولا شك أن ذلك يساعد الأفراد على معرفة القواعد التى تحكم معاملاتهم والتعرف بالتالى على حقوقهم واجباتهم . وبذلك يحقق التشريع الاستقرار والأمن فى المجتمع ، وذلك بخلاف العرف الذى يصعب تحديد بدء سريانه والتعرف على مضمونه .

٢- يتميز التشريع بسرعة وضعه ، فهو مصدر سريع للقانون لمواجهة ضرورات المجتمع وظروفه المتطورة والمتغيرة . ومن السهل اصدار التشريع فى وقت قصير بخلاف العرف الذى يحتاج مدة طويلة لوجوده والغائه أو تعديله بينما يمكن الغاء التشريع أو تعديله حتى يتلائم مع الظروف المتجددة .

٣- يعمل التشريع على تحقيق وحدة القانون فى الدولة والمساعدة بالتالى فى ارساء الوحدة الوطنية فيها . فمن خلال التشريع يمكن توحيد النظام القانونى المطبق على كل أقاليم الوطن مما يساعد على توحيد الدولة وتقوية أجزاء الأمة الواحدة . وهذا بخلاف العرف الذى يختلف من اقليم لآخر ومن طائفة لأخرى .

ولكن يعاب على التشريع ما يلى :

١- يتم وضع التشريع بواسطة سلطة مختصة ، فهو لا ينبع تلقائيًا كالعرف فى الجماعة نتيجة ظروفها وتلبيةً لاحتياجاتها . ولهذا فقد يأتى التشريع غير ملائم لظروف

المجتمع . فقد يحدث أن تضع السلطة التشريعية قانونًا لا يتمشى مع حاجات الأمة ورغباتها فتكون القاعدة القانونية دخيلة على ظروف الجماعة كما لو كانت مستوحاه من تشريع أجنبى . ويؤدى ذلك غالبًا إلى عدم انصياع الناس لمثل هذه القوانين وعدم احترامها وتفقد ، بالتالى ، فعاليتها .

٢- يتسم التشريع ، أحيانًا ، بالجمود والتخلف عن مسايرة التطور ، فقد تتغير ظروف المجتمع ويظل التشريع على حالة بسبب تقاعس السلطة التشريعية عن بذل الجهد اللازم لتعديله ، فيصبح التشريع جامداً غير ملائم لظروف الجماعة .

والواقع أن هذه المآخذ لا توجه إلى التشريع فى ذاته بل إلى السلطة التى تقوم بوضعه ، فتلك الانتقادات تعكس الخلل فى الأجهزة القائمة على وضع التشريع وتطبيقه . فالسلطة التشريعية الواعية التى تمثل الجماهير تمثيلاً حقيقيًا ستضع نصب أعينها مصالح الجماعة دون المصالح الشخصية الطبقية ، ولن تضع سوى التشريعات الملائمة للواقع الاجتماعى بعد استقراء هذا الواقع وكشف أغواره . وتستطيع تلك السلطة بذل الجهد الكافى فى صياغة التشريع الصياغة المرنة الملائمة لحاجات الجماعة المتطورة ، ويمكنها دائماً التدخل ، فى الوقت الملائم ، لتعديل التشريع أو الغائه كلما صار غيرمتوافق مع حاجات المجتمع .

المطلب الثانى
التشريع والتقنين

(أ) تعريف التقنين Code :

التشريع هو اخراج القاعدة القانونية فى صورة مكتوبة

بواسطة السلطة المختصة . أما التقنين Codification فهو عملية تجميع لكل القواعد القانونية الصادرة والمتعلقة بفرع من فروع القانون فى كتاب واحد . ويتم التجميع فى مجموعة واحدة بصورة مرتبة ومبوبة على نحو يضمن التنسيق والملائمة بين القواعد الداخلة فى التقنين . مثال ذلك التقنين المدنى والتقنين التجارى . وقد يتعلق التقنين بتنظيم للقواعد المتعلقة بمسألة أو بموضوع معين مثل قانون الشهر العقارى وقانون ايجار الأماكن .

فالتقنين يتضمن قواعد قانونية مكتوبة صادرة عن سلطة تشريعية مختصة فى وثيقة رسمية ، ويجمع كافة القواعد التى تشمل فرعاً بأكمله من فروع القانون ، ويقتضى ذلك التنسيق بين هذه القواعد وفقاً لخطة معينة تؤدى إلى تحقق الانسجام بين الأصول والفروع وازالة التعارض بين مختلف القواعد القانونية . لذلك فإن التقنين يعد قمة الصياغة القانونية ويحتاج إلى مجهود كبير فى صياغته .

والتقنين على هذا النحو لابد أن تقوم به السلطة التشريعية المختصة ، فلا يطلق اصطلاح التقنن على ما يقوم به أحد الفقهاء أو احدى الهيئات العلمية من تجميع القواعد القانونية المتعلقة بفرع من فروع القانون . فهذا العمل هو تقنين غير رسمى لا تضفى عليه الدولة سلطانها ولا تطبعه بطابع الحجية الرسمية ، أما التقنين الرسمى فهو الذى تصدره الدولة ويظهر فى شكل تشريع ضخم صادر من السلطة التشريعية ، ومن ثم فإن التقنين الرسمى نوع من أنواع التشريع .

(ب) مزايا التقنين وعيوبه :

١- يجمع التقنين القواعد القانونية الخاصة بفرع معين

من فروع القانـون فى مجموعة واحدة فـى شكل واضح مرتب منسـق يكون من الـسهل الـرجوع إليـها . فـمن الـيسـيـر على القاضـى أو الـباحث أن يقف على حـكم القانون أو أية قـاعدة من قواعد القانون .

٢- التقـنين وسيلـة فعالة فـى توحيد الـنظام القانـونى فى الدولة . وقد أصـبح التقنين ، فى الـعصـر الـحديث ، أداة لتـأكيد الوحدة السياسية فى الـجماعة وبين الأقاليم المـختلفة .

٣- يسـاعد الـتـقنين فى عـملية الاقـتبـاس والاستـفـادة من القـوانيـن الأجنبـيـة إذا ما تـبيـن فـائـدتهـا ومـلاءمـتـهـا لـظروف الـجماعة .

ورغـم تلـك المـزايا إلا أن جـانبـًا مـن الفـلاسـفـة ورجـال القانون تـصدى **لـمحاربة فكرة التقنين** . فقد ذهـب أصـحاب المـدرسة التاريخية إلى أن القانون كائن اجتماعى متطور ينشأ فى ضـمـير الـجمـاعة ويتطور مع ظـروف المجـتـمع المتـغـيرة ، بينما تـؤدى عملية التقنيـن إلى جمـود القانون وعدم مـسايرته للتطور فى الجماعة .

والواقع أن هـذا النقـد ليس صـحيـحاً . ذلك أن الـتقنـين لا يعنى مطـلقاً اضـفاء القـدسية والمهـابة على القانون عـلـى نحو يمـنع الـغـائه وتـعـديلـه ، إذ يسـتطيـع الـمـشـرع دائمـًا مـوالاة التقنين بالـمراجعة والتعـديل كلما دعت الضـرورة إلى ذلك ، أو كلـما تخـلفت نـصوصـه عن الوفـاء بمـا يسـتـجـد من حاجـات الـجماعـة . أضـف إلى ذلك أن الـتقنين يقـتصـر ، فى الـغـالب ، عـلى الـمـبـادئ والـكلـيـات دون الـخـوض فـى الـتـفـصـيـلات والـجزئيات ، وهـو بذلك يصـبح أداة مـرنة فى يد القاضـى تتيح له ، بما له من حرية فى التفسـير ، مكنة مـوائمة النصوص مع ما يستجد من ظروف الحياة العملية المتغيرة .

(جـ) حركة التقنين فى العصر الحديث :

ساعدت مزايا التقنين على ظهوره فى وقت مبكر ورواجه فى العصر الحديث ، ولعل جذور التقنين تبدأ مع ما عرفه الرومان من تقنين بدائى كالألواح الاثنى عشر ثم مجموعة جوستنيان فى القرن السادس الميلادى . ولعل حركة التقنين الحديثة بدأت بصدور التقنين المدنى الفرنسى المعروف بتقنين نابليون سنة ١٨٠٤ وما تلاه من تقنينات أخرى فى فرنسا وجميع أنحاء العالم .

حاولت ألمانيا على أثر ظهور التقنين الفرنسي ، القيام بحركة مماثلة ، فاحتدم جدل عنيف بين فقهائها حول جدوى التقنين ، طرح على بساط البحث موضوع المقارنة بين التشريع والعرف . كان النظام القانونى السائد خضم من الأنظمة ومجموعات متلاطمة من الأعراف والعادات المتناقضة ، حتى إن رجل القانون ذاته قد يتيه فى ظلماته ، لهذا ظهرت المطالبة بصياغة قانون وطنى موحد واصدار مجموعة قانونية متكاملة مثل فرنسا ، ولكن نظراً لأنه كان يعم أوروبا احساس عدائى تجاه الثورة الفرنسية قاومت ألمانيا مبادئ تلك الثورة النابعة من المذهب العقلى والقانون الطبيعى ، وذلك بسبب سيطرة أمراء الاقطاع على الحكم بما لهم من مصالح متميزة عن المصالح الرأسمالية ، فشعرت بالعداء تجاه قانون نابليون .

وقد عبر عن هذا العداء أنصار المدرسة التاريخية التى كانت تؤمن بالعرف وتخشى التشريع . فالقانون لديهم مثل اللغة ، يرتبط ارتباطاً عضوياً بطبيعة الشعب ، ويتكون بطريقة تدريجية غير محسوسة ، مستنداً إلى الاقتناع العام من جانب الشعب . إن القانون ينشأ فى شكل عرف من

خلال العادة والايمان الشعبى ، ثم يتبلور عن طريق علم القانون ، بعيداً عن التدخل التحكمى للمشرع .

وعندما توحدت ألمانيا على يد بسمارك وقضى على نفوذ الاقطاع وظهر عصر الصناعة ورجال الأعمال وسيطرت الطبقة الراسمالية على مقاليد الأمور فى البلاد ، كانت الحاجة ماسة إلى تدوين مطالبها كتابة واعطائها قوة القانون ، وتم بالفعل وضع القانون التجارى عام ١٨٦١ ، والقانون المدنى عام ١٨٩٦ .

– وفى مصر طبقت الشريعة الاسلامية منذ الفتح الاسلامى حتى عصر محمد على . وصدرت فى عهد سعيد لائحة بتنظيم المحاكم الشرعية عام ١٨٥٦ ، ثم فى عهد توفيق صدرت لائحة ١٨٨٠ التى نصت صراحة على تطبيق أرجح الآراء فى المذهب الحنفى . وكانت هناك مجالس ملية للطوائف غير الاسلامية ، تطبق القوانين الكنسية لا سيما فى مسائل الزواج والمواريث . وتم منح الأجانب ، فى العصر العثمانى ، امتيازات ، جعلتهم يخضعون فى منازعاتهم لقناصلهم . ولقد أنشئت منذ ١٨٤٥ مجالس تجارية مختلطة من المصريين والأجانب ، اختصت بالمسائل التجارية .

أدى كل ذلك إلى اضطراب الحياة القانونية فى البلاد ، حيث تعددت الجهات القضائية ما بين قنصليات أجنبية ومجالس ملية ومحاكم شرعية ، كل منها يطبق قانونه . ظهرت محاولات لاصلاح تلك الفوضى انتهت بانشاء المحاكم المختلطة عام ١٨٧٥ لتختص بالمنازعات بين الأجانب مختلفى الجنسية بعضهم والبعض أو بينهم وبين المصريين وطبقت مجموعات قانونية فى فروع القانون المختلفة وضعت على نسق التقنينات الفرنسية ، مع تعديلات تم أخذها من

الشريعة الاسلامية وأحكام القضاء .

وبالنسبة للمحاكم الوطنية أو الأهلية المختصة بالمنازعات بين المصريين فقد تم تنظيمها عام ١٨٨٣ باصدار لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، ووضعت لها تقنينات وطنية منقولة ، تقريباً ، عن التقنينات المختلطة . وبعد الغاء المحاكم المختلطة وتوحيد النظام القضائى المصرى ، صدر القانون المدنى الجديد وأخر للمرافعات عام ١٩٤٩ . ثم توالت التقنينات فى الفروع المختلفة للقانون وتم تحديثها أكثر من مرة.

وظهر القانون المدنى متشبعًا بأفكار المذهب الفردى ومعتنقًا أسسه العامة ، إذ ينص على أن العقد شريعة المتعاقدين ، ويلتزم القاضى عند تفسير العقد بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين . وتبنى ، كقاعدة عامة ، مبدأ سلطان الارادة حيث يمكنها ابرام ما تشاء من عقود وتحديد مضمونها وشكلها فى اطار عدم مخالفة النظام العام والآداب ، إلا أنه تضمن بعض القيود ذات الطابع الحمائى مثل سلطة القاضى فى تعديل العقد فى حالة الظروف الطارئة ، وتعديل الشروط التعسفية فى عقود الاذعان لحماية الطرف الضعيف . وتبنى مبدأ المسئولية بدون حاجة إلى إثبات الخطأ بالنسبة إلى الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة . وترجم القانون المدنى حماية الملكية وشجع تكوينها من خلال التوسع فى تقرير حق الشفعة وتشجيع الاستيلاء كسبب لاكتسابها ، إلا أنه أجاز وضع بعض القيود عليها للمصلحة العامة أو الخاصة ، ولكن على سبيل الاستثناء .

المبحث الثانى

أنواع التشريع وطرق وضعه

توجد ثلاثة أنواع من التشريع تتدرج أهميتها حسب الترتيب التالى :

١- التشريع الأساسى وهو الدستور .

٢- التشريع العادى الذى تضعه السلطة التشريعية .

٣- التشريع الفرعى أو اللوائح وتقوم بوضعه السلطة التنفيذية .

والتشريع العادى ينبغى ألا يخالف الدستور . ويجب أن تكون اللائحة موافقة لأحكام التشريع العادى ومن باب أولى الدستور .

يتضح من ذلك أن الشكل التشريعى يتمثل فى عدة درجات ، أعلاها الدستور وهو القانون الأساسى للدولة ، ويعالج شكل الدولة ونظام الحكم وحقوق المواطنين ، ويليه التشريع الرئيسى أو العادى ، ويتضمن القواعد القانونية التى لها صفة العموم والدوام النسبى ، ثم يأتى بعد ذلك التشريع الفرعى أو اللوائح ، وهى تنظم المسائل ذات الصبغة الفرعية أو المؤقتة .

إن المجتمع فى حاجة إلى قواعد تحكم علاقات الناس فى حياتهم اليومية ، تلك الحياة متباينة الجوانب ، متشعبة النواحى ، متجددة المظاهر ، فى حين إن التشريع موحد الصياغة ، نموذجى القالب ، حبيس النصوص ، يوضع لأكثر الناس ولأغلب الأحوال ، ولا يستطيع أبداً أن يحدد بدقة ما هو فى آن واحد أفضل وأعدل للجميع ، ولا أن يأمر بما هو أحسن

لكل الناس ، إذ يتفاوت البشر وتختلف الأفعال ، ومن ثم يصبح محالاً على أى فن مهما بلغ من شأو أن يصوغ مبادئ تصلح فى كل المواد ولكل الجزئيات وفى كافة الأوقات ، إن احتياطات البشر متباينة ومصالحهم متعددة وعلاقاتهم مترامية إلى حد أنه يستحيل على المشرع أن يرتب كل شئ . هناك اذن خضم من مشاكل الحياة اليومية ، يتميز بالتنوع وعدم الثبات ، بينما توجد علاقات ثابتة بين البشر على أساس من وضع معين للمصالح .

لذلك يقتضى الفن التشريعى استخدام شكلين مختلفين يناسب كل منهما نوعًا من هذين النوعين من العلاقات البشرية . فالعلاقات التى تتصف بالثبات والدوام تُعالج عن طريق التشريع الرئيسى أو العادى الذى يتسم بالاستقرار النسبى ، أما العلاقات التى يغلب عليها التباين وسرعة التغير ، فيحسن تنظيمها بتشريع سريع الاصدار ، كثير التنوع ، سهل التعديل ، وهو ما يسمى باللوائح .

المطلب الأول

الدستور أو التشريع الأساسى

الدستور Constitution هو التشريع الأساسى الذى يتولى تنظيم السلطات فى الدولة واختصاصات كل منها ، وعلاقاتها بالأفراد ، وتحديد شكل الحكم فى الدولة .

هناك اربعة طرق لسن الدساتير بصفة عامة ، فالدستور اما أن يصدر فى صورة منحة من الحاكم (الملك أو صاحب السلطان فى الدولة) ، وأما أن يصدر فى صورة عقد بين الحاكم وممثلى الشعب ، وأما أن يصدر عن طريق هيئة تأسيسية منتخبة من الشعب خصيصاً لهذا الغرض ، وأما أن

يسنه الشعب مباشرة عن طريق الاستفتاء ، بأن تضع السلطة التنفيذية مشروع الدستور ثم تعرضه على الشعب للموافقة عليه. ولا شك أن هذين الطريقين الأخيرين أكثر استجابة للمبدأ الديمقراطى ، لذا يمكن الجمع بينهما بأن تتولى جمعية تأسيسية منتخبة وضع مشروع الدستور ثم يطرح بعد ذلك للاستفتاء الشعبى .

يحتل الدستور قمة **البناء القانونى** فى الدولة ، فهو يعلو على جميع قوانينها ، وتخضع له كل سلطاتها ، ولا يجوز لأى قاعدة مخالفة أحكامه (١) .

أما عن **تعديل الدستور** ، فيتوقف الأمر على طبيعته وعما إذا كان دستور جامداً أم دستوراً مرناً . والدستور المرن هو الذى يمكن تعديل قواعده بنفس الطريقة التى يتم بها تعديل القوانين العادية وعن طريق نفس السلطة ، أما الدستور الجامد فيلزم لتعديله اجراءات أكثر تعقيداً أو صعوبة .

ويعتبر الدستور المصرى من الدساتير الجامدة حيث يتطلب اجراءات طويلة وشروطاً عسيرة لتعديله . يقدم طلب التعديل إما من رئيس الجمهورية وإما من ثلث أعضاء مجلس الشعب على الأقل ويذكر فيه المواد المطلوب تعديلها وأسباب

---

(١) وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها لما كان الدستور هو القانون الوضعى الاسمى صاحب الصدارة فكان على ما دونه من التشريعات النزول على أحكامه واهدار ما سواها . ويستوى فى ذلك أن يكون التعارض سابقاً أو لاحقاً على العمل بالدستور . فإذا ما أورد الدستور نصاً صالحاً بذاته للأعمال بغير حاجة إلى سن تشريع أدنى لزم اعمال هذا النص من يوم العمل به ، ويعتبر الحكم المخالف له فى هذه الحالة قد نسخ ضمنيًا بقوة الدستور نفسه ». نقض ١٩٧٥/٣/٢٤ صس ٢٦ ص ١٥٨ .

ذلك . يناقش المجلس مبدأ التعديل ويصدر قراره فى هذا الشأن بأغلبية أعضائه . يعرض التعديل على المجلس لمناقشته بعد شهرين من تاريخ الموافقة على مبدأ التعديل . وينبغى لاقرار التعديل موافقة أغلبية ثلثى عدد أعضاء المجلس . تعرض صيغة التعديل فى النهاية على الشعب لاستفتائه فى شأنها . فإذا أقرها أصبحت نافذة من تاريخ اعلان نتيجة الاستفتاء (١) .

المطلب الثانى

التشريع العادى

التشريع العادى هو التشريع الذى تسنه السلطة التشريعية فى حدود اختصاصها المبين فى الدستور وطبقاً للاجراءات المنصوص عليها فيه .

الأصل أن سن التشريع يكون من اختصاص السلطة التشريعية ، إلا أن الدستور أعطى لرئيس الجمهورية الحق فى سنه فى حالات معينة .

الفرع الأول

سن التشريع العادى بواسطة السلطة التشريعية

إن السلطة التشريعية هى صاحبة الاختصاص الأصيل بسن التشريع العادى . وتتكون السلطة التشريعية ، أحياناً من مجلسين . كما هو الحال فى انجلترا حيث تتكون من مجلس العموم ومجلس اللوردات . وقد تتكون من مجلس

---

(١) م ١٨٩ من الدستور .

واحد كما هو الحال فى مصر مع مجلس الشعب (١) . وتمر العملية التشريعية لسن التشريع العادى بعدة مراحل تتمثل فى الاقتراح ثم المناقشة ثم الاقرار ثم يأتى دور رئيس الدولة ليمارس حقه فى الاعتراض أو الاصدار .

(أ) اقتراح التشريع PROPOSITION DE LOI :

ويقصد به اعداد مشروعات قواعد قانونية وتقديمها للسلطة التشريعية لمناقشتها واقرارها . يستطيع رئيس الجمهورية أو مجلس الوزراء أو أحد أعضاء المجلس أن يقترح التشريع . فاقتراح التشريع هو حق لرئيس الجمهورية ولكل عضو من أعضاء مجلس الشعب .

ويستعين رئيس الجمهورية فى ممارسة هذا الحق بوزرائه ، حيث يقومون باعداد مشروعات القوانين عن طريق اخصائيين وهيئات فنية متخصصة . ويعرض مشروع القانون Projet de loi المقدم من رئيس الجمهورية على اللجنة البرلمانية المختصة لفحصه وتقديم تقرير عنه ليقوم المجلس بمناقشة المشروع على أساس هذا التقرير .

وبالنسبة للاقتراح المقدم من أحد الأعضاء فإنه لا يحال مباشرة إلى لجان المجلس المتخصصة ، وإنما ينبغى احالته إلى لجنة الاقتراحات لتتولى فحصه وابداء الرأى فى جواز نظر المجلس فيه أو رفضه أو ارجائه . فإذا وجدت اللجنة أن المشروع المقدم من العضو صالحًا أحالته إلى اللجنة

---

(١) ولم يتغير الوضع بانشاء مجلس الشورى عام ١٩٨٠ لأن اختصاصات هذا المجلس استشارية بحتة ، ومن ثم تظل السلطة التشريعية من اختصاص مجلس الشعب وحده .

التشريعية المختصة بالمجلس ويتبع فى شأنه بقية الاجراءات المتبعة بصدد المشروع المقدم من رئيس الجمهورية .

(ب) مناقشة واقرار مشروع القانون :

تتم مناقشة مشروع القانون على ضوء التقرير المقدم من اللجنة البرلمانية . وينبغى طرح المشروع على المجلس لمناقشته والتصويت عليه مادة مادة ، ثم يؤخذ الرأى على المشروع فى مجموعة . ويجب للموافقة على المشروع أن توافق عليه الأغلبية المطلقة للحاضرين ، وذلك فى غير الحالات التى تشترط فيها أغلبية خاصة . وعند تساوى الآراء المؤيدة والمعترضة اعتبر المشروع موضوع المناقشة مرفوضاً .

وكل مشروع قانون اقترحه أحد الأعضاء ورفضه مجلس الشعب لا يجوز تقديمه ثانية فى نفس دور الانعقاد(١) .

(جـ) عدم اعتراض رئيس الجمهورية :

يحال مشروع القانون الذى وافق عليه المجلس إلى رئيس الجمهورية ، ذلك أن الدستور أعطاه الحق فى الاعتراض على ما يسنه المجلس من قوانين . فإذا وافق الرئيس على المشروع المحال إليه ولم يعترض عليه ويرده إلى المجلس خلال ثلاثين يوماً من تاريخ ابلاغ المجلس اياه اعتبر قانوناً ويتعين اصداره .

أما إذا أراد رئيس الجمهورية الاعتراض على المشروع فإنه يقوم برده إلى المجلس ، خلال المدة السابقة لاعادة مناقشته من جديد على ضوء الملاحظات التى يبديها .

---

(١) م ١٠٧ ، ١١١ من الدستور .

واعتراض الرئيس هو مجرد اعتراض توقيفى veto suspensif الهدف منه مجرد حمل المجلس على اعادة النظر فى مشروع القانون . ويمكن للمجلس أن يعدل المشروع . ويستطيع المجلس التمسك بالمشروع والاصرار عليه رغم اعتراض رئيس الجمهورية . إلا أن ينبغى ، فى هذه الحالة ، موافقة ثلثى أعضاء المجلس لاقرار المشروع مرة ثانية . عندئذ لا يستطيع رئيس الجمهورية الاعتراض ويتعين عليه اصدار هذا القانون .

(د) اصدار التشريع promulgation :

الاصدار هو عمل يقصد به تسجيل الوجود القانونى للتشريع ، فهو بمثابة شهادة ميلاد للتشريع حيث تكون سنداً لتنفيذه . يقوم بالاصدار رئيس الجمهورية ويتضمن امراً لسائر أعضاء السلطة التنفيذية وعمالها بتنفيذ القانون الجديد .

ويتم اصدار التشريع عن طريق توقيع رئيس الدولة على القانون ويشار إليه برقم مسلسل خلال السنة التى صدر فيها .

واصدار التشريع أمر واجب على رئيس الجمهورية بمجرد اقراره من المجلس ، وإذا تقاعس الرئيس عن ذلك فإنه يكون قد عطل تنفيذ القانون ، وفى هذا اعتداء على السلطة التشريعية ، لذا ليس لرئيس الدولة الامتناع عن الاصدار أو تأخيره . ولم يتضمن الدستور للأسف تحديد مدة معينة يلتزم فيها الرئيس باصدار القوانين التى يقرها مجلس الشعب .

الفرع الثانى

سن التشريع العادى بواسطة رئيس الجمهورية

(حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية)

إن السلطة التشريعية هى صاحبة الاختصاص الأصيل بسن التشريع العادى . ولكن الدستور خول السلطة التنفيذية الحق فى الحلول محل السلطة التشريعية ، على سبيل الاستثناء ، فى سن التشريع ، ويتم ذلك فى حالتين :حالة الضرورة ، حالة التفويض .

(أ) تشريع الضرورة :

إذا حدث فى غيبة المجلس النيابى ما يوجب الاسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، جاز لرئيس الجمهورية ، أن يصدر فى شأنها قرارات تكون لها قوة القانون أى قوة التشريع العادى وذلك بالشروط الآتية :

١- ينبغى أن يتم ذلك فى حالة غيبة مجلس الشعب ، أى أن يكون غير منعقد . وتتحقق غيبة المجلس فيما بين أدوار انعقاده ، وكذلك فى فترة حله أو وقف جلساته . ومن ثم فإن الدولة تكون فى هذه الفترة خالية من الأداة التشريعية العادية ، وقد يطرأ من الظروف الخطيرة خلالها ما يجعل التشريع ضرورة لازمة وعاجلة .

٢- وقوع أحداث أو توافر حالة من حالات الضرورة التى تستوجب اتخاذ التدابير لمواجهتها لا تحتمل التأخير .

٣- يجب عرض القرارات التى يتخذها رئيس الجمهورية على مجلس الشعب فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائمًا ، وتعرض فى أول اجتماع له

فى حالة الحل أو وقف جلساته . فإذا لم تعرض هذه القرارات زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى اصدار قرار بذلك . وإذا عرضت وأقرها المجلس استقر وضعها . أما إذا لم يقرها المجلس زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة بقوة القانون ، وفى هذه الحالة يجوز للمجلس أن يعتمد نفاذها فى الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بطريقة أخرى .

٤- يجب أن تكون تشريعات الضرورة التى يسنها رئيس الجمهورية غير مخالفة للدستور .

(ب) تشريع التفويض :

يجوز لرئيس الجمهورية أن يصدر التشريع العادى فى بعض المسائل أو الموضوعات التى تفوضه فيها السلطة التشريعية (١) وذلك بالشروط الآتية :

١- يجب أن نكون بصدد أحوال استثنائية تبرر التفويض التشريعى ، ويقدر مجلس الشعب هذه الحالات . مثال ذلك : الأحوال التى تستوجب اضفاء السرية على بعض التشريعات أو السرعة فى اصدارها كالقانون الخاص بميزانية الحرب ، والتشريع الخاص بفرض بعض الرسوم والضرائب أو تعديلها .

٢- يجب أن يقتصر التفويض على موضوعات معينة فلا يجوز أن يصدر التفويض بصفة عامة . وينبغى ألا يخرج رئيس الجمهورية على الموضوعات المفوض بشأنها . ويجب أن يتضمن التفويض ، بالاضافة إلى الموضوعات ، الأسس التى يقوم عليها .

---

(١) م ١٠٨ من الدستور

٣- يجب أن يكون التفويض التشريعى مؤقتًا بمدة محددة كشهر أو سنة مثلاً .

٤- يجب ألا يكون تشريع التفويض مخالفاً للدستور . ويجب أن يصدر فى حدود التفويض الذى منحته السلطة التشريعية . وإذا صدر فى غير هذه الحدود فإنه لا يعتبر قانوناً ولا يأخذ حكمه (١) .

---

(١) إنه وإن كانت المحاكم لاتملك الغاء أو تعديل القوانين التى تصدرها السلطة التشريعية ، إلا أن القرارات التى تصدرها السلطة التنفيذية بتفويض من السلطة التشريعية وإن كان لها فى موضوعها قوة القانون التى تمكنها من الغاء وتعديل القوانين القائمة ، إلا أنها تعتبر قرارات ادارية لا تبلغ مرتبة القوانين فى حجية التشريع ، فيكون للقضاء الادارى بما له من ولاية الرقابة على اعمال السلطة التنفيذية أن يحكم بالغائها إذا جاوزت الموضوعات المحددة بقانون التفويض أو الأسس التى يقوم عليها ، ولا تحوز هذه القرارات حجية التشريع إلا إذا اقرها المجلس النيابى شأنها فى ذلك شأن اى قانون آخر . (الطعن ٢٦ لسنة ٤١ ق « رجال القضاء » - جلسة ١٩٧٢/١٢/٢١ س٢٣ ص ١١٩١) .

المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن القرار بقانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٩ بشأن المجلس الأعلى للهيئات القضائية وإن صدر فى الأصل متجاوزاً حدود التفويض التشريعى الممنوح لرئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٥ إلا أنه وقد ورد فى نص المادة ١٧٣ من الدستور الصادر فى ١١ سبتمبر ١٩٧١ ونصوص قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ ما يدل على اقرار السلطة التشريعية له فإنه يكون قد حاز قوة التشريع وأصبح قانوناً قائماً لا ولاية للمحاكم بالغائه . ومن ثم فإن النعى ببطلان القرارين الجمهوريين المطعون فيهما لابتنائهما على قرار معدوم صادر من المجلس الأعلى للهيئات القضائية تبعاً لانعدام قانون انشائه يكون على غير أساس . (الطعن ٨٠ ، ٨١ لسنة ٥٠ « رجال القضاء » - جلسة ١٩٨٢/٦/٢٩ س ٣٣ ص ٣٥) .

لما كانت المادة الثالثة من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ ، قد أجازت لرئيس الجمهورية متى اعلنت حالة الطوارئ الاستيلاء على اى منقول أو عقار - والأمر بفرض الحراسة على الشركات والمؤسسات، كما أجازت فى فقرتها الأخيرة لرئيس الجمهورية بقرار يصدر توسيع دائرة الحقوق المبينة بها على أن يعرض هذا القرار على مجلس الأمة فى أول اجتماع له . وكان ما ورد بها من ذلك - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - =

المطلب الثالث

التشريع الفرعى (اللوائح) Les réglements

تقوم السلطة التنفيذية ، فى الأصل ، باصدار قرارات ادارية فردية بشأن أشخاص معينين بالذات . وتصدر تلك السلطة ، أحياناً ، قرارات تتضمن قواعد عامة مجردة ، يطلق عليها اسم اللوائح أو التشريع الفرعى . وتتولى تنظيم المسائل الفرعية التى تتميز بكثرة التنوع وسرعة التغير ، وتصدرها السلطة التنفيذية باعتبارها قادرة على متابعة الحياة فى تنوعها وتغيرها ، قريبة من المشاكل اليومية ، سريعة الحركة لمعالجتها (١) .

= واضح الدلالة على أن سلطة رئيس الجمهورية فى فرض الحراسة بالاستناد إليها قاصرة على الشركات والمؤسسات دون الأشخاص الطبيعيين ، وكان لم يصدر ثمة قرار من رئيس الجمهورية بتوسيع دائرة الحقوق المبينة بها ، مما يشترط عرضه على المجلس النيابى لاقراره فإن ما تضمنه الأمرين الجمهوريين رقمى ١٣٨ ، ١٤٠ سنة ١٩٦١ من فرض الحراسة على عائلة المرحوم اسماعيل صدقى يعد خروجاً على التفويض المقرر بموجب ذلك القانون وانتحالاً لاختصاص السلطة التشريعية فى أمر يتصل بحق الملكية الخاصة التى حرصت الدساتير المتعاقبة على حمايتها وعدم المساس بها إلا فى الأحوال المبينة فى القانون . (الطعن ١٢٣٧ لسنة ٥٠ق - جلسة ١٩٨٤/١/٢٤ س ٣٥ ص ٢٩١) .

(١) مفاد المادة ١٤٤ من الدستور يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن من حق السلطة التنفيذية اصدار اللوائح التشريعية اللازمة لتنفيذ القوانين ، وكان يقصد بالقانون معناه الأعم ، فيدخل فى هذا المجال أى تشريع سواء كان صادراً من السلطة التشريعية أو من السلطة التنفيذية ، وسواء أصدرته السلطة الأخيرة على سند من تفويضها من السلطة التشريعية طبقاً للمادة ١٠٨ من الدستور أو استناداً إلى المادة ١٤٤ سالفة البيان ، ورائد المشرع الدستورى إذ يولى السلطة التنفيذية اصدار قواعد تشريعية تنفيذاً للقوانين الصادرة من السلطة التشريعية لها وهى السلطة المكلفة بتنفيذ هذه القوانين تكون أقدر من السلطة التشريعية على تنظيم هذا التنفيذ فى دقائقه =

....

- وفقًا لضرورات العمل ، فضلاً عما فى ذلك من تخليص القوانين من كثير من التفصيلات الجزئية ومن التخفيف بالتالى من اعباء السلطة التشريعية المتزايدة .

إذ كانت المادة ٧٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ تنص على انه « تملك المساكن الشعبية والاقتصادية التى اقامتها المحافظات وتم شغلها قبل تاريخ العمل بهذا القانون نظير أجرة تقل عن الأجرة المخصصة لمدة خمس عشرة سنة وذلك وفقاً للقواعد والشروط والأوضاع التى يصدر بها قرار من رئيس مجلس الوزراء ، وكان القرار رقم ١١٠ لسنة ١٩٧٨ الذى اصدره رئيس مجلس الوزراء تنفيذاً لهذا النص قد نظم تلك القواعد والشروط والأوضاع التى اولاه المشرع سلطة اصدارها والتى يقتضيها تنفيذ هذا النص ، والتى تقتضيها طبيعة هذه المساكن وظروف انشائها وتملكها والحكمة من تمليكها لمستأجريها فجعل الملكية لا تمتد إلى الأرض المقامة عليها ، وأن يكون التصرف فيها بالبيع أو التنازل بموافقة المحافظ المختص ، مما تعتبر معه هذه الشروط والقيود مفروضة بالقانون بمعناه العام ويلزم اعمالها ، وإذ خالف الحكم هذا النظر على سند من قوله بأن قرار مجلس الوزراء سالف الذكر قد تجاوز حدود التفويض المنصوص عليه في المادة ٧٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والذى اقتصر على الاجراءات التنظيمية وحدها ورتب على ذلك قضاءه بالغاء القيود الواردة على حق تملك المطعون ضده ، فإنه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون . (الطعن ١٩٣٢ لسنة ٥٠ق – جلسة ١٩٨١/٦/١٣ س ٣٢ ص ١٧٩٥) .

نشر اللوائح والقرارات :

الأصل ان القرار الادارى يعتبر موجوداً قانوناً بمجرد اصداره ، وتلتزم جهة الادارة المختصة بتنفيذه ، ولو لم ينشر ، غير انه لا يحتج به على الأفراد ولا ينتج أثره فى حقهم إلا من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية أو بعد اعلانهم به أو علمهم بمضمونه علماً يقينياً وذلك حتى لا يلزموا بأمور لم يكن لهم سبيل إلى العلم بها ، وحتي لا يطبق القرار بأثر رجعى على الماضى وهو ما يتنافى مع مبادئ العدالة والمشروعية ووجوب حماية الحقوق المكتسبة ، وما يقتضيه الصالح العام من استقرار معاملات الأفراد والمحافظ على عوامل الثقة والاطمئنان على حقوقهم . (الطعن ٤٣ لسنة ٣٨ق – جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٨ س٢٦ ص ١٣٣٩) .

اللوائح المتممة للقوانين – التى تصدرها جهة الادارة بتفويض المشرع تعتبر من قبيل القرارات الادارية ، وإذا كان الأصل فى القرارات الادارية التنظيمية –

وتقوم السلطة التنفيذية باصدار التشريع الفرعى بمقتضى الاختصاص المخول لها فى الدستور . وهو اختصاص أصلى تباشره بصفة دائمة وفى الظروف العادية

- انه لا يحتج بها فى مواجهة الأفراد إلى من تاريخ نشرها فى الجريدة الرسمية وذلك حتى لا يلزموا بأمور لم يكن لهم سبيل إلى العلم بها . إلا أن هذه القرارات تعتبر موجودة قانوناً بالنسبة لجهة الادارة ويفترض علمها بها من تاريخ صدورها فتسرى فى مواجهتها منذ هذا التاريخ ولو لم تنشر فى الجريدة الرسمية ولا يقبل منها التحدى بعدم نفاذها فى حقها إلا بنشرها . وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر القرار رقم ٤ لسنة ١٩٦٣ الذى أصدره مدير عام مصلحة الجمارك فى ١٩٦٣/٧/١٨ بناءاً على تفويض من المشرع بتحديد نسبة التسامح التى أوجبت المادة ٣٧ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ على مصلحة الجمارك احتسابها فى حالات معينة ، نافذاً فى حق مصلحة الجمارك من تاريخ صدوره وطبق أحكامه على الرسالة موضوع النزاع التى وردت فى ١٩٦٥/٣/٥ فإنه لا يكون قد خالف القانون . (الطعن٥٨١ لسنة ٤٢ق - جلسة ١٩٧٨/١/٣٠ س ٢٩ ص ٣٥٠) .

إن اللوائح التى تصدرها جهة الادارة بتفويض من المشرع تعتبر من قبيل القرارات الادارية وإذ كان الأصل فى القرارات الادارية التنظيمية انه لا يحتج بها فى مواجهة الأفراد إلا من تاريخ نشرها فى الجريدة الرسمية ، وذلك حتى لا يلزموا بأمور لم يكن لهم من سبيل إلى العلم بها ، إلا أن هذه القرارات تعتبر موجودة قانوناً بالنسبة لجهة الادارة ويفترض علمها بها من تاريخ صدورها فتسرى فى مواجهتها من ذلك التاريخ ولو لم تنشر فى الجريدة الرسمية ولا يقبل منها التحديد بعدم نفاذها فى حقها إلا بعد نشرها ، وإذ التزم الحكمان المطعون فيهما هذا النظر واعتبر القرار رقم ٤ لسنة ١٩٦٣ الذى أصدره مدير عام الجمارك فى ١٩٦٣/٧/١٨ بناء على تفويض من المشرع بتحديد نسبة التسامح المشار إليها نافذاً فى حق مصلحة الجمارك منن تاريخ صدوره وطبقا لحكامه على الرسالة موضوع النزاع التى وردت فى ٣/٢/ ١٩٦٦ فإنهما لا يكونان قد خالف القانون . (الطعن ٣٠١ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٩٨٣/٦/٢) .

من المقررفى قضاء هذه المحكمة أن اللوائح والقرارات المتممة للقوانين التى تصدرها الادارة بتفويض من المشرع لا يحتج بها قبل الأفراد إلا من تاريخ نشرها فى الجريدة الرسمية وإذا لم تنشر هذه القواعد فلا يجوز للملاك التمسك بها فى النزاع بينهم وبين المستأجرين حول تقدير الأجرة . (الطعن ٩٨ لسنة ٤٥ق - جلسة ١٩٨٢/٥/١٠) .

بخلاف اختصاصها بسن تشريعات الضرورة والتفويض فهو اختصاص استثنائى على خلاف الأصل .

والتشريع الفرعى أو اللائحة أقل درجة من التشريع العادى الصادر عن السلطة التشريعية ، والقرار بقانون الصادر عن السلطة التنفيذية . ومن ثم لا ينبغى أن تكون اللائحة مخالفة للقانون ومن باب أولى الدستور .

ولا يعتبر من قبيل التشريع الفرعى إلا اللائحة بمعناها القانونى وطبقًا للضوابط التى يرسمها القانون والدستور . وتشترك اللائحة مع القانون من الناحية الموضوعية فى أن كل منهما يستهدف تنظيم سلوك الأفراد بطريقة عامة مجردة ، ولكن اللائحة تختلف عن القانون من حيث أنها تصدر عن السلطة التنفيذية وليس عن السلطة التشريعية . لذلك فإن التعليمات الادارية لا تأخذ وصف اللائحة ولا تعد بتاتاً من قبيل التشريع ولا يرجع لها عند تفسير أو تطبيق القانون (١) .

---

(١) نقض ٢٠/٤/١٩٧٤ س ٢٥ ص ٧١٣

تعليمات الجهاز المركزى لتنظيم الادارة :

إذا كان منشور الجهاز المركزى للتنظيم والادارة المؤرخ ٦ سبتمبر سنة ١٩٦٥ الذى رتب عليه الحكم قضاءه لا يعدو أن يكون مجرد تعليمات ادارية ليست لها منزلة التشريع ولا يمكن أن تعدل من قواعد اختصاص جهات القضاء لأن هذا التعديل لا يجوز اجراؤه إلا بقانون . فإن الاختصاص بنظر هذا النزاع يظل معقوداً لجهة القضاء العادى - لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى استناداً إلى أن الاختصاص بنظر التظلم من قرارات التسوية والتقييم معقود للجان التى أنشأها ذلك المنشور وحدها ويخرج عن ولاية القضاء العادى ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه . (نفس الحكم)

ما ورد بالكتاب الدورى رقم ١٢ لسنة ١٩٧٧ الصادر من الجهاز المركزى للتنظيم والادارة من امتداد أحكام القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٧٦ إلى =

وهناك ثلاثة أنواع من اللوائح :

- اللوائح التنفيذية وتصدر لتنظيم وتفصيل التشريع العادى ووضعه موضع التنفيذ .

٢- اللوائح التنظيمية وتصدر لتنظيم وترتيب سير المرافق والمصالح العامة .

- العاملين من غير الصبية والاشراقات ومساعدى الصناع يخالف أحكام القانون لما هو مقرر - فى قضاء محكمة النقض - من أن تعليمات الجهاز المركزى للتنظيم والادارة قرارات تنظيمية غير ملزمة وليست لها صفة التشريع ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وطبق فى شأن المطعون ضده التعديل الوارد بالقانونين رقمى ٧٧ لسنة ١٩٧٦ و ٥١ لسنة ١٩٧٩ وقضى له بالفروق المالية على هذا الأساس . فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يستوجب نقضه دون الحاجة لبحث ما فى أسباب الطعون . (الطعن ٦٦٤ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٢/١/٣٠ ، الطعن ٢٠٠٢ لسنة ٥١ق - جلسة ١٩٨٢/١١/٢١) .

من المستقر عليه فى قضاء هذه المحكمة أن تعليمات الجهاز المركزى للتنظيم والادارة لا تعدو أن تكون مجرد تعليمات ادارية ليست لها منزلة التشريع وغير ملزمة لرب العمل ، فله تقديرها وفقًا لظروف العمل واحتياجاته وصلاحية العاملين . (الطعن ٢٨٢٤ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٩٠/٢/٢٢، الطعن ٧٩٤ لسنة ٤٨ق - جلسة ١٩٨٣/١٠/٣٠) .

تعليمات النيابة العامة بشأن الاعلان :

تعليمات النيابة الصادرة بكتبها الدورية بعدم جواز قبول النيابات أية أوراق قضائية لاعلانها فى الخارج إلا إذا كانت من أصل وصورتين لكل شخص من المطلوب اعلانهم ومرفقاً بها ترجمة واضحة وكاملة لها بلغة البلاد المطلوب اجراء الاعلان فيها ، هى تعليمات ادارية والخطاب فيها مقصور على من وجهت إليه من رجال النيابة وموظفيها وليست لها منزلة التشريع الملزم للأفراد ولا يمكن أن تعدل من أحكام قانون المرافعات لأن هذا القانون لا يجوز تعديله إلا بتشريع فى مرتبته ومن ثم فان مخالفة تلك التعليمات فيما توجبه من تقديم صورة ثانية غير التى أوجبت المادة ٧٥ مرافعات تقديمها ومن ارفاق ترجمة بلغة البلد المطلوب اجراء الاعلان فيها لا يترتب عليه بطلان الصحيفة أو تعطيل أثرها فى قطع مدة السقوط متى كانت بياناتها صحيحة وكاملة وفقاً لقانون المرافعات . (الطعن ١٠٥ لسنة ٣٣ ق - جلسة ١٩٦٨/١/٢٥ س ١٩ ص ١٣٦) .

٣- لوائح الضبط أو البوليس وترمى إلى المحافظة على الأمن والهدوء والصحة العامة . ونعرض بايجاز لكل منها .

(أ) اللوائح التنفيذية Réglements d'exécution :

هى اللوائح التى تصدرها السلطة التنفيذية ضماناً لتنفيذ القوانين (١) . ذلك أن القانون يقتصر ، فى الغالب ، على وضع الأسس والقواعد العامة تاركاً التفصيلات والجزئيات للوائح التى تضعها السلطة التنفيذية ، وهذه السلطة ، بوصفها المكلفة بتنفيذ القوانين تكون أقدر من غيرها على وضع القواعد التفصيلية اللازمة لانجاز تلك المهمة .

وتستمد السلطة التنفيذية اختصاصها باصدار اللوائح التنفيذية من الدستور . ويتضمن التشريع ، غالباً ، ما يفيد تخويل تلك السلطة اصدار اللوائح اللازمة لتنفيذه ، ذلك أن السلطة التشريعية تفضل التخفيف من أعبائها وتخليص القوانين من كثير من التفصيلات الجزئية .

---

(١) إذا كان من المقرر طبقاً للمبادئ الدستورية المعمول بها أن من حق السلطة التنفيذية اصدار اللوائح التشريعية اللازمة لتنفيذ القوانين ، وكان المراد بالقانون فى القاعدة الواردة فى الدساتير المتعاقبة والقاضية بأن احكام القوانين لا تجرى إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ما لم ينص على خلاف ذلك ، هو القانون بمعناه الأعم فيدخل فى هذا المجال أى تشريع سواء كان صادراً من السلطة التشريعية وهو ما يطلق عليه لفظ القانون بالمعنى الضيق أم كان تشريعاً صادراً من السلطة التنفيذية عملاً بالتفويض المقرر لها طبقاً للمبادئ الدستورية المتواضع عليها لتقرير القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو اعفاء من تنفيذها أو استحداث ما من شأنه مخالفة غرض الشارع وهو ما يطلق عليه لائحة أو اقرار ، فإنه لا تسرى أحكام هذه القرارات الوزارية وتلك اللوائح التنفيذية إلا على ما يقع من تاريخ صدورها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها إلا إذا كانت صادرة تنفيذاً لقوانين ذات أثر رجعى . (الطعن ٣٣ لسنة ٤٣ق - جلسة ١٩٧٦/٦/٢ س ٢٧ ص ١٢٦٦) .

ومن المقرر أن للسلطة التنفيذية الحق فى اصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ كافة التشريعات العادية ، يستوى فى ذلك التشريع الصادر من السلطة التشريعية أو من السلطة التنفيذية بناء على تفويض أو فى حالة الضرورة (١) .

والأصل أن رئيس السلطة التنفيذية ، هو الذى يختص بوضع اللوائح التنفيذية ، إلا أنه يجوز له أن يفوض غيره فى وضع هذه اللوائح (٢) . ويتولى القانون ، أحياناً ، تعيين الشخص المختص باصدار اللائحة اللازمة لتنفيده ، وغالباً ما يكون هو الوزير الذى يقع موضوع التشريع فى اختصاص وزارته .

ونظراً لأن اللائحة التنفيذية تصدر لتنفيذ القانون وتيسير تطبيقه ، فلا يجوز لها أن تتعدى هذا الدور ، فليس لها أن تخرج على حكم القانون المراد تنفيذه أو تضيف جديداً إليه أو تعدل من أحكامه أو تحد من نطاق تطبيقه (٣) . ولا يجوز أن تعمد ، من خلال تفسير بعض أحكام القانون ، إلى تحوير أو تحريف مضمونه . وإذا تخطت السلطة التنفيذية هده الحدود فإن ذلك يعد اعتداء على اختصاص السلطة

---

(١) م ١٤٤ من الدستور .

(٢) نقض ١٩٨١/٦/١٣ س ٣٢ ص ٥٣٤ .

(٣) إن كان من المقرر أن - من حق السلطة التنفيذية - طبقاً للمبادئ الدستورية المتواضع عليها - أن تتولى أعمالاً تشريعية عن طريق اصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو اعفاء من تنفيذها ، فليس معنى هذا الحق نزول السلطة التشريعية عن سلطتها فى سن القوانين إلى السلطة التنفيذية ، بل هو دعوة لهذه السلطة لاستعمال حقها فى وضع القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين دون أن تزيد عليها شيئاً جديداً أو تعدل فيها أو تعطل تنفيذها أو أن تعفى من هذا التنفيذ . (نقض ١٩٨٥/٣/١٨ س ٣٦ ص ٤١٣ .

التشـريعية . وللقاضى أن يمتنع عن تطبيق الحكم المخالف للقانون باللائحة التنفيذية ويقتصر فقط على تطبيق القانون .

وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها : « من حق السلطة التنفيذية أن تتولى أعمالاً تشريعية عن طريق اصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو اعفاء من تنفيذها . وليس معنى هذا الحق نزول السلطة التشريعية عن سلطتها فى سن القوانين إلى السلطة التنفيذية ، بل هو دعوة لهذه السلطة لاستعمال حقها فى وضع القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين دون أن تزيد عليها شيئًا جديداً أو تعدل فيها أو تعطل تنفيذها أو أن تعفى من هذا التنفيذ ، ومن ثم فإن اللائحة التنفيذية لا يصح أن تلغى أو تنسخ نصاً آمراً فى القانون . ومن المقرر أنه عند التعارض بين نصين أحدهما واردفى القانون والآخر فى لائحته التنفيذية فإن النص الأول يكون هو الواجب التطبيق باعتباره أصلاً للائحة التى هى أداة تشريعية أدنى من القانون (١) .

(ب) اللوائح التنظيمية Réglements d'organisation :

هى اللوائح التى توضع لتنظيم المرافق العامة وترتيبها وتنسيق سير العمل فى المصالح والادارات الحكومية المختلفة . واللوائح التنظيمية هى لوائح مستقلة أى قائمة

---

(١) نقض ١٩٧٥/٦/٢٢ س ٢٦ ص ٧٢٤ ، ١٩٦٦/٥/٣١ س١٧ ص ٤٢٥ وقضت كذلك بأنه يجب على السلطة التنفيذية أن تتقيد فى وضع القرارات التنفيذية بما يقضى به التشريع الرئيسى فلا يجوز لها أن تضع من القواعد التنفيذية ما يتعارض مع قواعد هذا التشريع ولا ما يعدل فيه أو يعطله أو يعفى أحداً من تنفيذه لأنها إن فعلت تخرج بذلك عن حدودها وتكون قراراتها باطلة لا يعمل بها ، نقض جنائى ١٩٦١/٦/٢٧ س ١٢ ص ٣٩٤

بذاتها Réglements autonomes ، أى لا تستند إلى قانون تعمل على تنفيذه ، كما هو الحال فى اللوائح التنفيذية ، وإنما تصدرها السلطة التنفيذية استقلالاً عن أى قانون معين بالذات .

وتتولى السلطة التنفيذية وضع اللوائح لأنها هى التى تتولى ادارة المرافق والمصالح العامة وهى المسئولة عن هذه الادارة ومن ثم فهى الأقدر على ادراك متطلبات هذه المرافق والمصالح واختيار أصلح النظم المناسبة لها .

ويعبر الدستور عن هذا الاختصاص بقوله : يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لانشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة . مؤدى ذلك أن اصدار اللوائح التنظيمية أمر قاصر على رئيس الجمهورية وحده وليس له حق تفويض غيره فى ذلك على خلاف الأمر بالنسبة للوائح التنفيذية حيث يجوز فيها التفويض . ولعل السبب وراء ذلك هو أهمية وخطورة اللوائح التنظيمية لأنها لوائح قائمة بذاتها لا تستند إلى قانون تعمل على تنفيذه ، وقد ازدادت هذه الأهمية بعد أن سمح الدستور لرئيس الدولة بانشاء مرافق جديدة .

(جـ) لوائح الضبط ولوائح البوليس Réglements de police :

وتصدرها السلطة التنفيذية للمحافظة على الأمن والسكنية والنظام وحماية الصحة العامة . لذا تسمى أيضاً بلوائح البوليس فهى تضع ضوابط لسلوك الأفراد ونشاطهم على نحو يضمن الهدوء والسكون حتى لا يتعرض الجمهور للمضايقات والازعاج وحتى يطمئن على نفسه وماله من خطر الاعتداءات ، وحتى يقى نفسه من التلوث والأوبئة والأمراض المعدية .

ومن أمثلة لوائح الضبط : لوائح المرور ، ولوائح تنظيم مراقبة الأغذية ، واللوائح الخاصة بمنع انتشار الأوبئة ، ولوائح تنظيم المحال العامة والخطرة والمضرة بالصحة والمقلقة للراحة.

ولضمان فعالية لوائح الضبط فإنها تكون مقترنة بجزاءات توقع على من يخالفها . ولكن يشترط ألا يزيد الجزاء على العقوبة المقررة للمخالفات وهى ، كقواعد عامة ، الغرامة التى لا يزيد مقدارها على مائة جنيه مصرى .

المبحث الثالث

نفاذ التشريع

إذا تم سن التشريع بواسطة السلطة المختصة تحقق له الوجود القانونى ، ولا يعنى هذا الوجود دخول التشريع مرحلة التنفيذ ، بل يتوقف نفاذ التشريع على أمرين : اصداره من جهة ونشره من جهة أخرى .

وقد رأينا أن اصدار التشريع يتم عن طريق السلطة التنفيذية ، ويعنى ذلك تسجيل الوجود القانونى للتشريع وتكليف رجال السلطة التنفيذية بالقيام على تنفيذه . فإذا كنا بصدد تشريع سنته السلطة التشريعية تعين قيام السلطة التنفيذية باصداره ، وكذلك الحال بالنسبة للتشريع الأساسى المسنون بواسطة جمعية تأسيسية أو المستفتى فيه من الشعب . أما إذا تم سن التشريع عن طريق السلطة التنفيذية فإن سن التشريع يتضمن حتماً اصداره لأن السلطة التى سنته هى المختصة باصداره . ويتحقق ذلك فى حالات : التشريع الأساسى حين يكون منحه من الملك أو الحاكم

المطلق ، تشريع الضرورة ، تشريع التفويض .

ونعرض فيما يلى لنشر التشريع ، ثم لمبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون .

المطلب الأول
نشر التشريع

نعرض للمقصود بالنشر ووسيلته ، وميعاده ، ثم نبين تصويب الأخطاء التى تقع بمناسبته .

(أ) المقصود بالنشر :

نشر التشريع La publication هو الوسيلة التى يتم بها شهر القاعدة القانونية واعلام المخاطبين بها حتى يلتزمون بحكمها . فليس من العدل تطبيق القانون على الناس إلا بعد أن يعلموا بصدوره وتتاح لهم فرصة التعرف على مضمونه وما يحتوى عليه من أوامر وأحكام .

يصبح التشريع نافذاً فى ذاته Exécutoire بمجرد اصداره ، ولكنه لا يصبح ملزماً Obligatoire إلا بعد نشره بالطريق القانونى (١) . فالنشر اجراء ضرورى لجعل التشريع ملزماً

---

(١) لما كان الأمر رقم ١٤٠ لسنة ١٩٦١ - بفرض الحراسة على أموال وممتلكات بعض الأشخاص - قراراً ادارياً وقد صدر بتاريخ ١٩٦١/١٠/٢٥ ونص فى مادته الثالثة على أن ينشر فى الجريدة الرسمية ويعمل به من تاريخ صدوره ، وكان يبين من الحكم المطعون فيه - على ما ثبت من كتاب الهيئة العامة للمطابع الأميرية - إن عدد الجريدة الرسمية الذى نشر به الأمر السالف الذكر قد طبع فى ١٩٦٢/١/٨ ولم يوزع إلا فى ١٩٦٢/١/٢٢ فإن هذا الأمر لا يعتبر نافذاً فى مواجهة الأفراد إلا من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية ، وهى وسيلة العلم التى نص عليها الأمر المذكور دون الاعتداد بما ورد فيه من العمل به من تاريخ صدوره هذا إلى ان الأمر المشار إليه نص =

لمخاطبين بأحكامه. وتبدو أهمية التفرقة بين النفاذ والالزام « عندما تحول قوة قاهرة دون وصول وسيلة النشر إلى أحد المخاطبين بحكم التشريع . ففى هذه الحالة لا يكون التشريع ملزماً له ، رغم أنه أصبح نافذاً فى ذاته وملزماً بالنسبة للأشخاص الآخرين الذين لم تحل القوة القاهرة دون وصول وسيلة النشر إليهم » .

- على أن تسرى فى شأن الخاضعين احكام الأمر العسكرى رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦١ وقد احال الأمر الأخير بدوره إلى الأمر رقم ٤ لسنة ١٩٥٦ ، وقد حظرت المادة الخامسة من هذا الأمر ابرام عقود او تصرفات أو عمليات تجارية أو مالية من أى نوع من احد الأشخاص الخاضعين لأحكامه ونصت المادة ٢٠ من الأمر المذكور على ان تسرى احكامه على كل شخص ليس من الأشخاص الخاضعين لأحكامه وإنما باشر معاملات مع أحدهم وفى خصوص هذه المعاملات ، كما نصت المادة المادة الثامنة منه على أن يعتبر باطلاً بحكم القانون كل عقد أو تصرف أو عمل تم أو جاء مخالفاً لأحكام هذا الأمر ما لم يرخص به وزير المالية والاقتصاد أو المدير العام لادارة الأموال التى آلت إلى الدولة ، ونصت المادة ٢٣ على عقاب كل من خالف احكام هذا الأمر أو شرع فى مخالفتها بالحبس وبغرامة لا تجاوز ألف جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين ، وإذا كان مقتضى القول بسريان القرار رقم ١٤ لسنة ١٩٦١ من تاريخ صدوره وليس من تاريخ نشره ان تسرى الأحكام السالف بيانها بأثر رجعى على الأشخاص الذين فرضت عليهم الحراسة والمتعامليس معهم وفى خصوص هذه المعاملات فتبطل بأثر رجعى تصرفاتهم التى أبرمت قبل نشر القرار المذكور ، مع أنه لا يجوز تقرير الأثر الرجعى فى هذا الشأن إلا بقانون ، كما يعاقبون من أجل هذه التصرفات مع أن الدستور لا يجيز الخروج على قاعدة عدم رجعية القانون فى مسائل العقوبات . لما كان ذلك وكان الاقرار المؤرخ ١٩٦١/١١/٢٠ - المتضمن مديونية المطعون عليه الثانى - الذى فرضت عليه الحراسة بمقتضى الأمر ١٤٠ لسنة ١٩٦١ للمطعون عليه الأول قد صدر قبل نشر الأمر المذكور . فإنه يكون بمنأى عن البطلان وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بصحة الاقرار سالف الذكر فإنه لا يكون قد خالف القانون . (الطعن ٤٣ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٨ - س٢٦ ص١٣٣٩)

والنشر واجب لنفاذ جميع أنواع التشريع (١) . يستوى في ذلك التشريع الفرعي (٢) . أو العادى أو الأساسى (٣) .

(ب) وسيلة النشر :

إن الوسيلة المعتمدة لنشر التشريع فى العصر الحديث هى النشر فى الجريدة الرسمية للدولة . فبالنسبة للقوانين وقرارات رئيس الجمهورية ونوابه بما يختصون ويفوضون فيه من الرئيس فتنشر فى الجريدة الرسمية . أما القرارات الوزارية والمحلية وتلك الصادرة عن الهيئات العامة وكذا

---

(١) وتقرر محكمة النقض ذلك بقولها : « إذا كان المقرر طبقاً للمبادئ الدستورية المعمول بها أن من حق السلطة التنفيذية اصدار اللوائح الواردة فى الدساتير المتعاقبة والقاضية بأن احكام القوانين لا تجرى إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها ، ولا يترتب عليها أثر وقع قبلها ما لم ينص على خلاف ذلك ، هو القانون بمعناه الأعم فيدخل فى هذا المجال اى تشريع سواء كان صادراً من السلطة التشريعية وهو ما يطلق عليه لفظ القانون بالمعنى الضيق ، أم كان صادراً من السلطة التنفيذية عملاً بالتفويض المقرر لها طبقاً للمبادئ الدستورية المتواضع عليها لتقرير القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو اعفاء من تنفيذها أو استحداث ما من شانه مخالفة غرض الشارع وهو ما يطلق عليه لائحة أو قرار فإنه لا تسرى أحكام هذه القرارات الوزارية وتلك اللوائح التنفيذية إلا على ما يقع من تاريخ صدورها ، ولا يترتب عليها اثر فيما وقع قبلها إلا إذا كانت صادرة تنفيذاً لقوانين ذات أثر رجعى » . نقض ١٩٧٦/٦/٢ س ٢٧ ص ١٢٦٦ .

(٢) وتقرر محكمة النقض بأن القرار التشريعى يستلزم بطبيعته النشر فى الجريدة الرسمية ليعلم به الكافة وليكون له حكم القانون الذى صدر تنفيذاً له واعمالاً لأحكامه ، ولا يمكن تسوية القرار فى هذا الخصوص بالتنظيمات الادارية التى يصدرها الوزراء ورؤساء المصالح للموظفين فى حدود سلطاتهم التنفيذية ، وقد تكفى فيها الأوامر الشفوية والكتب الدورية . نقض ١٩٥٦/٥/١٧ س ٧ ص ٦٠٧ .

(٣) تنص المادة ١٩٣ من الدستور على أن يعمل بهذا الدستور من تاريخ اعلان موافقة الشعب عليه فى الاستفتاء . ويقتضى ذلك سبق نشره بأية وسيلة من الوسائل قبل الاستفتاء عليه . وينبغى لنفاذه نشر موافقة الشعب عليه فى الجريدة الرسمية .

الاعلانات الحكومية والقضائية فتنشر فى الوقائع المصرية وهى ملحق للجريدة الرسمية (١) .

والنشر فى الجريدة الرسمية هو الوسيلة الوحيدة المعتمدة لنشر التشريع ولا يغنى عنه أى طريق آخر ولو كان أقدر منه على احاطة الناس علماً بالتشريع كالاذاعة بالراديو والتلفاز أو النشر فى الصحف اليومية . ولا يقوم مقام النشر ارسال التشريع الجديد مع كتاب دورى أو منشور إلى المصالح الحكومية المكلفة بتنفيذه (٢) .

ولا يغنى عن النشر العلم اليقينى بالتشريع بأية وسيلة أخرى . ويجوز لكل شخص أن يحتج بعدم علمه بالقانون ولو ثبت علمه الفعلى به . فهناك قرينة قاطعة مؤداها عدم العلم بالقانون غير المنشور فى الجريدة الرسمية . ويفترض علم الكافة بالقانون بمجرد نشره . ويسرى ذلك المبدأ بالنسبة للكافة . يستوى فى ذلك الأفراد وهيئات الدولة المختلفة (٣).

---

(١) القرار الجمهورى رقم ٩٠١ لسنة ١٩٦٧ .

(٢) نقض ١٧/٥/١٩٥٦ السابق .

(٣) ويعبر القضاء الادارى عن ذلك بقوله : « التفرقة .. بين علم افتراضى بالقوانين وهو علم الجمهور بها بمجرد نشرها وعلم يقينى وهو علم الوزراء بالقوانين بمجرد اصدارها ، هذه التفرقة لا يعرفها الدستور بل ينكرها .. إذ يجعل نفاذ القوانين رهناً بنشرها وذلك بالنسبة إلى الناس كافة دون تفرقة بين حاكم ومحكومين » محكمة القضاء الادارى فى ٣/١/١٩٥٠ ، مجموعة احكام مجلس الدولة ، س٤ ص ١٤٧ .

وتورد محكمة النقض تحفظاً هاماً على هذا المبدأ فيما يتعلق باللوائح المتممة للقوانين التى تصدرها السلطة التنفيذية بناء على تفويض من المشرع ، فهى تقرر بأن هذه اللوائح تعتبر من قبيل القرارات الادارية . وإذا كان الأصل فى القرارات الادارية التنظيمية انه لا يحتج بها فى مواجهة الأفراد إلا من تاريخ نشرها فى الجريدة وذلك حتى لا يلزموا بأمور لم يكن لهم سبيل إلى العلم بها إلا أن هذه القرارات تعتبر موجودة قانوناً بالنسبة لجهة الادارة ويفترض علمها بها من تاريخ صدورها فتسرى فى مواجهتها منذ هذا التاريخ ولم =

وإذا كان النشر هو الوسيلة المعتمدة للعلم بالقانون ، فإنه لا يعتد بالنشر الذى لا يؤدى إلى هذا العلم ، فلا يكفى مجرد طبع القانون بالجريدة الرسمية بل ينبغى انتشار هذه الجريدة وتوافرها . يجب طبع أعداد كافية من تلك الجريدة وعرضها للتوزيع الفعلى فى كل أنحاء البلاد . فإذا تم طبع أعداد محدودة جداً من الجريدة واحتفظت بها سلطات الدولة على نحو لا يمكن للجمهور الاطلاع عليها فإن النشر لا يتحقق من الناحية القانونية ولا يرتب آثاره . ونفس الحكم فى حالة قيام قوة قاهرة كثورة أو فيضان ، تحول دون وصول الجريدة الرسمية إلى اقليم معين . فالنشر لم يحقق العلم

- لم تنشر فى الجريدة الرسمية ، ولا يقبل منها التحدى بعدم نفاذها فى حقها إلا بعد نشرها ، وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر القرار الذى أصدره مدير عام مصلحة الجمارك بناء على تفويض من المشرع بتحديد نسبة التسامح التى أوجب القانون على مصلحة الجمارك احتسابها فى حالات معينة، نافذاً فى حق المصلحة من تاريخ صدوره وطبق أحكامه على الرسالة موضوع النزاع فإنه لا يكون قد خالف القانون . نقض ١٩٧٨/١/٣٠ س ٢٩ ص ٣٠٠ .

وتضيف المحكمة تحفظاً آخر بشأن القرارات الادارية الفردية كالقرار الصادر بفرض الحراسة على أموال وممتلكات بعض الأشخاص ، فقرر : « الأصل أن القرار يعتبر موجوداً قانوناً بمجرد صدوره وتلزم جهة الادارة بتنفيذه ولو لم ينشر ، غير أنه لا يحتج به على الأفراد ولا ينتج أثره فى حقهم إلا من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية أو بعد اعلانهم أو علمهم بمضمونه علماً يقينياً ، وذلك حتى لا يلزموا بأمور لم يكن لهم سبيل إلى العلم بها وحتى لا يطبق القرار بأثر رجعى على الماضى وهو ما يتنافى مع مبادئ العدالة والمشروعية ووجوب حماية الحقوق المكتسبة وما يقتضيه الصالح العام من استقرار الأفراد والمحافظة على عوامل الثقة والاطمئنان على حقوقهم . نقض ١٩٧٥/١٠/٢٨ س ٢٦ ص ١٣٣٩ .

بالقانون ومن ثم فإنه لا يسرى فى مواجهة الأفراد المقيمين فى هذا الاقليم (١) .

وينبغى الاشارة أخيراً ، إلى أن العبرة بتاريخ نشر القانون من الناحية الواقعية دون الشكلية . فقد يوجد فارق بين طبع الجريدة الرسمية وبين توزيعها . ينبغى الاعتداد بتاريخ التوزيع وليس بالتاريخ المبين على الجريدة ، ذلك أن مجرد الطبع لا يحقق وسيلة النشر بل لابد من توزيع الجريدة حتى يتاح للكافة فرصة العلم بالقانون (٢) .

---

(١) وفى هذا المعنى تقرر محكمة النقض بأنه متى كان القانون قد نشر فى الجريدة الرسمية وبدأ العمل بأحكامه فإنه يفترض علم الكافة بهذه الأحكام من هذا التاريخ ولا يقبل من أحد الاعتذار بجهله أو اثبات أن ظروفه الخاصة قد حالت دون علمه الفعلى وإنما يقبل فقط العذر بالجهل بالقانون إذا حالت قوة قاهرة دون وصول الجريدة الرسمية بتاتًا إلى منطقة من مناطق الجمهورية . نقض ٨/٤/١٩٦٥ س ١٦ ص ٤٧٦ .

(٢) وتقرر محكمة النقض ذلك المعنى بقولها : « افتراض علم الطالب بالقرار المطعون فيه من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية مرهون بعدم قيام أسباب تحول ضمناً دون قيام هذا الافتراض . وإذا كان الطالب قد تمسك بأنه استحال عليه هذا العلم لأن العدد رقم ٢٦ من الجريدة الرسمية الصادر فى ١٩٧٤/٩/٥ والذى نشر به القرار المذكور لم يرسل إلى صالة بيع المطبوعات الحكومية لعرضه للبيع إلا بعد يوم ١٩٧٤/٩/١٠ وأيد دفاعه بالخطاب المؤرخ ١٩٧٥/٣/١٣ والصادر من وكيل الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ، فإن افتراض علم الطالب بالقرار المطعون فيه لا يبدأ من يوم ١٩٧٤/٩/١٠ » . نقض ١٩٧٥/٦/١٩ س ٢٦ ص ٦٤ .

وقضت كذلك أن « علم الكافة بالاجراءات التى أوجبها ذلك القانون مرهون بعدم قيام أسباب تحول حتمًا دون قيام هذا الافتراض . فإذا كان المستأنف قد دفع بأنه قد استحال العلم بذلك القانون حتى تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف إلى قلم الكتاب بمقولة أن الجريدة الرسمية التى نشر فيها ذلك القانون وأن كانت قد طبعت فى ١٩٥٣/٥/٢٨ إلا أنها لم توزع وتنشر فعلاً إلا بعد تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف فالتفت الحكم عن تحقيق هذا الدفاع ، فإنه يكون مشوباً بالقصور » نقض ١٩٥٨/٦/٢٤ س ٩ ص ٦٣٩ .

(جـ) موعد النشر ونفاذه :

يلزم الدستور السلطة التنفيذية بنشر التشريع خلال

---

* مفاد المادة ١٨٨ من الدستور الصادر في سنة ١٩٧١ انه يجب العمل بالقوانين بعد مضى شهر يبدأ من اليوم التالى لتاريخ نشرها ، ما لم يحدد القانون نفسه ميعاداً آخر اقصر أو أطول من ذلك لكى يصير نافذاً ، وقد نظم القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٣ بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر فى ٧٣/٣/٢٦ والمنشور فى الجريدة الرسمية فى ١٩٧٣/٤/٥ اجراءات الطعن وأوجب على الكافة اتباعها ابتداء من تاريخ العمل به ، ومن بينها وجوب أن يودع الطاعن صورة من الحكم المطعون فيه مطابقة لأصله والصورة المعلنة منه وقت تقديم الصحيفة والا حكم بطلان الطعن على خلاف ما كان متبعًا قبله من ضم الملفين الابتدائى والاستئنافى بجميع مفرداتها ، فيغنى هذا الضم بذاته عن تقديم صورة من حكم محكمة أول درجة أو الحكم المطعون فيه ، وتقضى المادة الثالثة من هذا القانون بالعمل به من تاريخ نشره ، لما كان ذلك وكان الثابت أن الطاعنين قد رفعوا الطعن فى ١٩٧٣/٥/٥ فى ظل انطباق النص المعدل ولم يقدموا وقت تقديم صحيفة الطعن صورة من الحكم المطعون فيه فإن الطعن يكون باطلاً . لا يغير من هذا النظر ما ذهب إليه محامى الطاعنين بالجلسة من أنه لم يكن يعلم بالتعديل السالف ، وأنه استحال عليه ذلك تبعًا لتقديمه صحيفة الطعن فى ١٩٧٣/٤/٥ لدى قلم كتاب محكمة استئناف المنصورة التى أصدرت الحكم المطعون فيه ، وهو ذات اليوم الذى نشر فيه القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٣ بالجريدة الرسمية ، ذلك لأنه وإن كان افتراض علم الكافة بالاجراءات التى أوجبها ذلك القانون مرهون بعدم قيام أسباب تحول دون قيام هذا الافتراض ولئن كان المقصود بالنشر ليس مجرد ادراج التشريع بالجريدة الرسمية اى طبعه فيها ولكن توزيعه بعد ذلك اعتباراً بأن التوزيع هو الذى يبيح لجمهور المواطنين فرصة معرفة القانون ، ومن ثم يسوغ القول بافتراض علمهم به إلا أنه لما كانت هذه المحكمة قد طلبت من الطاعنين تقديم الدليل على أن عدد الجريدة الرسمية التى نشر فيه ذلك القانون لم يصر توزيعه فى يوم نشره ، وكانت الشهادة التى تذرعوا بها صادرة من محكمة استئناف المنصورة وورد بها أن منشور وزارة العدل بالتبليغ عن صدور القانون لم يرد للمحكمة إلا فى ١٩٧٣/٤/١٤ فإن هذه الشهادة غير كافية بذاتها للتدليل على أن القانون المشار إليه لم يصادف توزيعه فعلاً ذات يوم نشره بالجريدة الرسمية ويكون قول الطاعنين فى هذا الشأن مرسلاً لا يدحض افتراض علم الكافة بالاجراءات التى أوجبها .
(الطعن ٣٤٧ لسنة ٤٤ق – جلسة ١٩٧٨/٦/٢٨ س٢٩ ص ١٥٩٩) .

أسبوعين من يوم صدوره . ولم يتضمن الدستور جزاءاً على مجاوزة السلطة التنفيذية للمهلة المحددة لنشر القانون فى الجريدة الرسمية . ولا شك أن نشر التشريع بعد فوات المهلة ينطوى على مخالفة للدستور ، إلا أن هذه المخالفة تعد شكلية وليست جوهرية ، ومن ثم لا يجوز الطعن بعدم دستورية القانون الذى يتم نشره بعد فوات المهلة .

– يأمر رئيس الجمهورية فى نهاية التشريع ، عند اصداره ، بنشره فى الجريدة الرسمية . وبتمام النشر يصبح لازمًا وواجب الاتباع . والأصل أنه لا يعمل بالتشريع فور النشر وإنما يعمل به بعد مرور شهر من اليوم التالى للنشر . ويترك المشرع تلك المهلة حتى تتاح للأفراد فرصة العلم بالقانون ، وتوفيق أوضاعهم طبقاً لأحكامه .

وطبقاً لهذا النص فإن يوم نشر التشريع لا يحسب فى الميعاد . بل يلزم مرور شهر كامل ، ابتداء من اليوم التالى لتاريخ النشر . وعلى ذلك إذا نشر التشريع فى ١٥ ابريل فيعمل به يوم ١٦ مايو ، وإذا نشر يوم ٣١ مايو فلا يعمل به إلا يوم أول يونيو .

ولكن الدستور يجيز للمشرع الخروج على الأصل السابق . لذا تملك السلطة التى سنت التشريع مد الميعاد السابق أو تقصيره بنص خاص يقرر العمل بالقانون فى تاريخ آخر . ينص المشرع أحيانًا على العمل بالقانون بعد أسبوع أو ستة أشهر أو سنة مثلاً من تاريخ نشره . ويتم اطالة المدة أحياناً لافساح الوقت الكافى للالمام بالقانون أو كمرحلة انتقالية بين التشريع القديم والتشريع الجديد . وقد لا يبدأ العمل بالقانون إلا بعد صدور اللائحة التنفيذية التى تبين أبعاده وتفصيلاته . وعلى أية حال فإنه ينبغى ملاحظة أن مدة

الشهر المحددة لنفاذ التشريع لا تسرى إلا فى حالة عدم وجود نص مخالف .

وينص المشرع أحياناً ، على العمل بالقانون من تاريخ نشره . هنا لا يمكن العمل بالتشريع إلا من اليوم التالى لنشره فى الجريدة الرسمية ، ذلك أن تاريخ يوم النشر لا يدخل فى النطاق الزمنى لهذا التشريع ، بل يدخل فى النطاق الزمنى للتشريع السابق عليه ، « لأن هذا اليوم هو فاصل زمنى يمتد أربعاً وعشرين ساعة ، وقد يتم النشر فى أى وقت فيه ، وقد يتراخى هذا النشر لآخره . فكيف يفترض علم الناس بالقانون الجديد من أول اليوم » (١) .

(د) تصويب الأخطاء الواردة عند نشر القانون :

يمكن أن تظهر بعض الأخطاء فى نص القانون بعد نشره فى الجريدة الرسمية . ومن المتصور حدوث الخطأ فى أى مرحلة من مراحل اصدار التشريع . والواقع أننا لسنا بصدد مشكلة نظرية ، بل أمام ظاهرة كثيرة الوقوع للأسف أمام زيادة عدد التشريعات ونقص العناية الكافية فى مراجعة أصول التشريع . قد يقع الخطأ فى نسخة التشريع المرسلة إلى رئيس الجمهورية لاصداره . وقد يقع الخطأ فى تحرير قرار الاصدار ، أو عند طبع الجريدة الرسمية . وتتنوع صور الخطأ لتشمل الأخطاء اللغوية أو النحوية أو السهو المطبعى أو سقوط مادة من النص أو تغيير مضمون الحكم . فكيف يمكن تصويب مثل هذه الأخطاء ؟ .

---

(١) المحكمة الادارية العليا فى ١٩٥٩/٤/٢١ ، احمد سمير ابو شادى ، مجموعة القواعد القانونية للمحكمة الادارية العليا فى عشر سنوات ، رقم ٥٩٩ ص ٦١٩.

ينبغي للاجابة على هذا التساؤل ، التفرقة بين الخطأ المادي والخطأ الذي يمس موضوع وجوهر التشريع .

١-**الخطأ المادي** : وهو الخطأ الذي يمكن التعرف عليه بسهولة من خلال قراءة النص المنشور ذاته . مثال ذلك الخطأ اللغوي ، أو السهو المطبعي الواضح ، أو سقوط حرف أو لفظ يسهل استنباطه بطريقة قاطعة ، أو مجئ كلمة قبل اخرى . فالخطأ المادي يتعلق بمسألة مادية بحتة لا يمس بأى حال من الأحوال جوهر الموضوع أو معناه .

يجوز للسلطة التنفيذية تصويب الخطأ المادي في عدد لاحق من الجريدة الرسمية للعدد الذى نُشر فيه التشريع . وينبغى أن يكون النص المصحح مطابقًا للنص الوارد في مضابط السلطة التشريعية . ولا يتم عرض تصويب الخطأ على السلطة التشريعية ولا يصدره رئيس الدولة ، بل تتولى إجراءه الجهة القائمة على نشر الجريدة الرسمية . ولا يتعلق الأمر بوضع نصوص جديدة بل بتفسير وتصويب نصوص قائمة ومن ثم فهو يسرى بأثر رجعى منذ نشر القانون الذى ورد به الخطأ .

ويجوز للقاضى نفسه أن يقوم بتصحيح الخطأ المادى بالرجوع إلى النص المنشور ذاته . وتملك المحكمة أعمال النص في صياغته الصحيحة دون حاجة لاجراء التصويب . فالأمر يدخل فى نطاق التفسير القضائى للقانون .

٢- **الخطأ الذى يمس موضوع وجوهر التشريع** : وهو الخطأ الذى يستلزم تصحيحه تعديل فى ارادة المشرع وتغيير فى النص المنشور لفظاً ومعنى .

هنا لا يمكن استدراك مثل هذا الخطأ إلا عن طريق اجراء تعديل تشريعى كامل بكافة شروطه الدستورية وينبغى أن

يصدر ذلك من الجهة التى تملك تعديل التشريع عن طريق سن تشريع جديد بالتصحيح . ولا يسرى هذا التشريع الجديد إلا من تاريخ نشره ما لم ينص فيه على الأثر الرجعى للتصحيح ، ذلك أن الأمر يتعلق بنفاذ نصوص جديدة .

وتعبر محكمة النقض عن التفرقة بقولها أن « الاستدراك الذى ينشر بالجريدة الرسمية لتصحيح نص بالقانون هو وسيلة تتخذ لتدارك ما عسى أن يكون قد اكتنف النص الأصلى من أخطاء مادية أو مطبعية عند نشره بقصد تصويبها ، ويعتبر التصويب عندئذ جزءاً من التشريعى المصحح وله نفس قوته ، فإذا جاوز الاستدراك هذا النطاق وانطوى على تغيير فى النص المنشور لفظاً ومعنى فهو تعديل له من جهة لا تملك ولا يجوز إلا بصدور قانون آخر ولا ينال من النص الأصلى الذى يتعين أعمال أحكامه (١) .

المطلب الثانى

مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون

(أ) مضمون المبدأ :

تعتبر القاعدة القانونية ملزمة بذاتها للمخاطبين بها متى

---

(١)نقض ١٨/١/١٩٦٦ س١٧ ص٢٧ . نقض ٣/١/١٩٨٢ س٣٣ جـ١ ص ٥٨ .

وقد لجأ المشرع بالفعل إلى هذين الأسلوبين التصحيح المادى ، والتصحيح الجوهرى فى عدة حالات منها : القانون ٦٦ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالمناجم والمحاجر حين صدر القانون ٣٣٦ لسنة ١٩٥٣ ليضيف مادتين جديدتين هما ٥٢ ، ٥٤ لاتمام التصحيح . والقانون ٤٣ لسنة ١٩٧٩ الخاص بالحكم المحلى وقد تم نشر الاستدراك بالعدد ٢٩ من الجريدة الرسمية الصادر فى ١٩/١/١٩٧٩ .

تكونت ونشأت صحيحة من أحد المصادر الرسمية للقانون . ويخضع الأفراد للقانون ولو لم يرضوا به ، ويلتزمون بأحكامه ولو لم يعلموا به . فمتى نشر القانون ، فإنه يسرى على الجميع دون استثناء . ويطبق على كافة من يتوجه إليهم حكمه ، ولا يُعفى أحدهم من الخضوع له .

ولا يُقبل من أحد الاعتذار بجهله بالقانون ، أى لا يجوز لأى شخص ، مهما كانت ظروفه (١) ، الاحتجاج بجهله بحكم قاعدة قانونية تهرباً من تطبيق أحكامها حتى لو ثبت فعلاً أنه كان يجهلها ، فهذا الجهل لا يصلح عذراً للافلات من الخضوع للقانون . ولا يقبل الاعتذار بأن حكم القانون لم يكن

---

(١) متى كان قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ قد نشر فى الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٥٧/٤/٤ وأنه قد بدأ العمل بأحكامه اعتباراً من ١٩٥٧/٤/١٤ فإنه يفترض علم الكافة بهذه الأحكام من هذا التاريخ ولا يقبل من أحد الاعتذار بجهله باثبات أن ظروفه الخاصة قد حالت دون علمه الفعلى بها وإنما يقبل العذر بالجهل بالقانون إذا حالت قوة قاهرة دون وصول الجريدة الرسمية بتاتاً إلى منطقة من مناطق الجمهورية . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استند فى قبول اعتذار المطعون ضده بجهله نص المادة ٢٥ من قانون المحاماة إلى ما قررته الطاعنة فى مذكرتها من أن المدة التى مضت ما بين تنفيذ القانون وبين اعلانها بصحيفة الدعوى لم تكن كافية ليعلم المطعون ضده رافع الدعوى بذلك النص المستحدث فإن هذا الاستناد خطأ فى القانون لأن عدم كفاية هذه المدة لا يعتبر قوة قاهرة ولا يبرر قبول اعتذار المطعون ضده بالجهل بالنص المذكور . (الطعن ٤٠١ لسنة ٣٠ق – جلسة ١٩٦٥/٤/١٨ س ١٦ ص ٤٧٩) .

مبدأ عدم الاعتداد بالجهل بالقوانين يفترض علم الكافة بها ومنهم – بالنسبة لقوانين الرسوم الجمركية – المستورد للبضاعة المدين بالرسم ، مما يحول دون قيام الاحتجاج منه بهذا الدفع فى مواجهة مصلحة الجمارك . (الطعن ٩٩ لسنة ٣١ق – جلسة ١٩٦٥/١/١٦ س ١٦ ص ٨٩) .

جلياً واضحاً بل كان محل تأويل وتفسير (١) . ويعبر عن كل ذلك بأنه لا يفترض فى أحد الجهل بالقانون .

(ب) مبررات المبدأ :

يجد هذا المبدأ مبرراته فى الاعتبارات العملية ، إذ لو أبيح الافلات من تطبيق القانون بحجة عدم العلم به لترتب على ذلك عدم تطبيق القانون فى حالات كثيرة ، مما يؤدى إلى الفوضى وعدم الاستقرار ، ويؤدى ذلك إلى اهدار صفة الالزام فى القاعدة القانونية لأن تطبيقها سيكون متوقفاً على علم الأفراد بها من عدمه ، ويؤدى ذلك بطبيعة الحال إلى البلبلة والتحايل على اثبات عدم العلم بالقانون تهرباً من حكمه .

يتضمن القانون صفة الالزام فى ذاته سواء بأحكامه أو

---

(١) إذا كان قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ قد نشر فى الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٥٩/٤/٧ وبدأ العمل بأحكامه اعتباراً من ١٩٥٩/٨/١ طبقاً للمادة السابعة من اصداره . فإنه يفترض علم الكافة بهذا القانون من تاريخ نشره ، ولا يقبل من أحد الاعتذار بجهله لأحكامه ، ولما كان يبين من الاطلاع على الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أنه استند فى قبول اعتذار المطعون ضده بجهله بأحكام القانون السالف الذكر إلى أن حكم قانون التأمينات الاجتماعية فى شأن سريان أحكامه على موظفى المكتب لم يكن جليًا وإنما كان محل تأويل وتفسير مما لا يعتبر معه أن المطعون ضده قد تخلف عن الاشتراك لدى الهيئة الطاعنة على عمال المكتب وموظفيه ، وكان هذا القدر الذى أسس عليه الحكم المطعون فيه قضاءه لا يقوم على سند من القانون إذ أن ادعاء المطعون ضده بعدم وضوح نص ذلك القانون فى خصوص حالته لا يمنع من انطباقه عليه من تاريخ العمل به إذا توافرت شروطه اعمالاً بما هو مقرر من أنه لا يفترض فى أحد الجهل بالقانون ، إذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر فإنه يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه . (الطعن ٢٥٩ لسنة ٣٧ق - جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٢ س ٣٤ ص ١٣٤٢) .

بضرورة علم الأفراد والسعى نحو هذا العلم ، والقول بغير ذلك ينطوى على اهدار مبدأ المساواة بين المواطنين ، وذلك من خلال تطبيق القانون على البعض دون الآخر ، وهذا ما يتعارض مع سيادة القانون واستقرار النظام فى المجتمع وتحقيق الصالح العام .

لذا كان من الضرورى اقامة قرينة قاطعة على علم الناس بالقانون . وهذه القرينة لا تقبل اثبات العكس . وتجد هذه القرينة أساسها فى أن الأفراد يعلمون بالقانون من الناحية الواقعية من خلال وسائل الاعلام المختلفة والنشر فى الجريدة الرسمية . هذا بالاضافة إلى أن المواطن العادى يتبصر ويتحرى عن حكم القانون قبل الاقدام على الفعل . ويعد ذلك المسلك تنفيذاً لالتزام قانونى عام بوجوب العلم بالقانون ، وهو أمر تقتضيه الطبيعة الانسانية وحتمية العيش فى مجتمع متمدن ومنظم .

ولا تثور مشكلة بالنسبة للعلم بالعرف نظراً لأنه ينشأ ويتكون بين الأفراد فى الجماعة بطريقة تدريجية ومستقرة وثابتة ويتولد لديهم الاعتقاد بلزومه ، خاصة بالنسبة للقواعد العرفية المتصلة بالدين فى مسائل الأحوال الشخصية حيث يتواتر الناس على اتباعها والعلم التام بها .

(جـ) نطاق المبدأ :

إن مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون عام التطبيق على كل القواعد القانونية أياً كان مصدرها أو طبيعتها (١) .

---

(١) النص فى المادة السادسة من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ باصدار قانون الجمارك على أن « يكون تحديد التعريفة الجمركية وتعديلها بقرار من رئيس الجمهورية وفى المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية رقم ١٩٠٣ لسنة ١٩٦١ - المعدل بقرار رئيس الجمهورية =

فيسرى هذا المبدأ على سائر القواعد القانونية أياً كان المصدر الرسمى الذى تستمد منه ، سواء كانت قاعدة تشريعية أو قاعدة عرفية أو قاعدة مستمدة من الشريعة الاسلامية أو القانون الطبيعى والعدالة.

- رقم ٥١٣لسنة ١٩٦٩ على أن « تحصل الضرائب الجمركية طبقًا للفئات الواردة بالتعريفة الجمركية المرافقة » وفى المادة ١٠١ من القرار بقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ على أن « يجوز الافراج مؤقتًا عن البضائع دون تحصيل الضرائب والرسوم الجمركية المقررة لذلك بالشروط والأوضاع التى يحددها وزير الخزانة ، وفى الفقرة ب من المادة ٢/ من قرار وزير الخزانة رقم ٦ لسنة ١٩٦٨ بشأن الافراج المؤقت على السيارات على أن « يفرج مؤقتاً ..

- ب – السيارات الخاصة بالسياح او الأشخاص الذين يقيمون فى خارج الجمهورية العربية المتحدة إذا قدم عنها دفتر ترتيبك أو دفتر مرور دولى صادر من أحد نوادى السيارات الأجنبية المعترف بها » وفى المادة ١٨ من القرار بقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ على أن « تفرض غرامة لا تقل عن عشر الضرائب الجمركية المعرضة للضياع ولا تزيد على مثلها فى الأحوال الآتية : مخالفة نظم ... الافراج المؤقت ... إذا كانت الضراب الجمركية المعرضة للضياع تزيد على عشرة جنيهات » يدل على أن الضرائب والرسوم الجمركية وكذا الغرامة المقررة لمخالفة شروط الافراج المؤقت عن البضائع قد تحددت نسبتها وأسس تقديرها بمقتضى نصوص تشريعية ، يفترض علم الكافة بها من تاريخ نشرها فى الجريدة الرسمية ولا يقبل من أحد الاعتذار بجهله لأحكامها ، ويلتزم القاضى بانزالها على ما يتناوله من المسائل المطروحة عليه ، لما كان ذلك وكان الواقع فى الدعوى – على ما سجله الحكم المطعون فيه – أنه رخص للمطعون ضده الأول مؤقتاً فى ادخال السيارة المبينة بصحيفة الدعوى بموجب دفتر مرور دولى رقم ٧٣٣١٦٦ صادر من نادى السيارات الكويتى دون سداد الضرائب والرسوم الجمركية وأن تلك السيارة لم يعد تصديرها قبل انتهاء مدة صلاحية الدفتر المذكور بالمخالفة لنظام الافراج الموقت ، فإن الحكم المطعون فيه إذا قام قضاءه برفض الدعوى بالمطالبة بالضرائب والرسوم الجمركية والغرامة المستحقة بالتطبيق لأحكام قانون الجمارك لم تقدم المستند الدال على مقدار تلك الرسوم التى تتخذ أساساً لتقدير الغرامة يكون قد خالف القانون مما يوجب نقضه .(الطعن ٦٠١ لسنة ٤٨ق – جلسة ١٨/٣/١٩٨٢) .

ويطبق هذا المبدأ كذلك على كل القواعد القانونية أياً كانت طبيعتها ، سواء أكانت قاعدة آمرة أو قاعدة مقررة . ولا تثور صعوبة أو شك بالنسبة للقواعد الآمرة ، أما بالنسبة للقاعدة المكملة أو المقررة فقد ذهب البعض إلى جواز الاحتجاج بالجهل بها نظراً لأنه يجوز الاتفاق أصلاً على مخالفتها .

ولكن الرأى الصحيح أنه لا مجال للتفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة من حيث تطبيق المبدأ . فصفة الالزام تتوافر للقواعد المكملة شأنها فى ذلك شأن القواعد الآمرة ، كل ما فى الأمر أن القواعد المكملة يشترط لتطبيقها سكوت الأطراف عن مخالفتها أى عن تنظيم الموضوع الذى تتناوله بطريقة مغايرة . فإذا أجزنا عدم تطبيق حكم القاعدة المقررة فى حالة الجهل بأحكامها لأدى ذلك إلى استبعاد حكمها مما أدى إلى وجود فراغ لأنه لا يوجد فيه اتفاق يحل محلها .

(د) الاستثناء على تطبيق المبدأ :

يتفق الجميع على استثناء حالة قيام قوة قاهرة من تطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون .

فإذا قامت قوة قاهرة من شأنها أن تعوق وصول الجريدة الرسمية إلى الأشخاص الموجودين فى منطقة معينة ، فإنه يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون ، حيث لا يمكن افتراض علم الشخص فى هذه الحالة بالقانون المنشور .

ومن أمثلة القوة القاهرة : قيام حرب أو ثورة أو احتلال أجنبى أو كارثة طبيعية عامة يترتب عليها عزل اقليم من أقاليم الدولة ومنع وصول الجريدة الرسمية إليه . ويترتب

على ذلك أن هذا الاستثناء قاصر على القواعد التشريعية لأنها هى التى تنشر بالجريدة الرسمية. أما بقية القواعد كالعرف والشريعة الإسلامية فلا ينطبق بشأنها هذا الاستثناء . ولا شك أن تحقق هذا الاستثناء أمر نادر فى العصر الحديث بسبب تقدم سبل الاتصال وطرق النشر .

(هـ) الجهل بالقانون والغلط فى القانون :

طبقاً للمبادئ العامة فى نظرية العقد ينبغى أن يتم ابرام العقد بالتراضى من خلال ارادة سليمة وغير معيبة ، فيلزم أن لا يقع المتعاقد فى غلط دافع إلى التعاقد . فالغلط هو وهم يتصل بأمر جوهرى يتصور فيه الشخص الأمر على غير حقيقته مما يدفعه إلى ابرام العقد.

وقد ينصب الغلط على واقعة من الوقائع كمن يشترى تحفة على أنها ذات طبيعة أثرية ثم يتضح أنها عادية ، وقد يقع الغلط على حكم من أحكام القانون ، كمن يبيع نصيبه فى الميراث معتقداً أنه يرث ثلث التركة ثم يتضح أن له النصف . ففى الحالتين تكون ارادة الشخص معيبة ويحق له ابطال العقد لعيب الغلط (١) .

لذا ظن البعض أن جواز ابطال العقد لغلط فى القانون يعتبر استثناء على مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون .

---

(١) المقرر فى قضاء النقض وفقاً للمادتين ١٢٠ ، ١٢٢ من التقنين المدنى أن للمتعاقد الذى وقع فى غلط فى القانون أن يطلب ابطال التصرف الذى شابه هذا الغلط متى كان جوهرياً ووقع فيه المتعاقد الآخر أو اتصل علمه به أو كان من السهل عليه أن يتبينه . (الطعن ٨٤٦ لسنة ٤٤ق - جلسة ١٩٧٨/١٢/١٣ س ٢٩ ص ١٩١٥) .

والواقع أن هذا الظن خاطئ لأن المقصود بالمبدأ السابق أن الشخص لا يجوز له أن يحتج بعدم العلم بالقانون تهرباً من حكمه ، أى أنه ليس من حقه التخلص من تطبيق القانون بحجة الجهل به ، أما فى هذا الفرض فإن الأمر مختلف تماماً لأن المتعاقد يتمسك بتطبيق القاعدة التى وقع فيها الغلط أى اعمال حكم القانون وليس استبعاده . فالاعتذار بالجهل بالقانون لا يقصد به منع سريان قواعد الميراث ، بل تطبيقها .

(و) امتناع المسئولية الجنائية فى حالة الجهل بقوانين غير جنائية :

تمتنع المسئولية الجنائية فى الحالات التى يجهل فيها المتهم أحكام القانون غير الجنائى الذى تكون العقوبة مؤسسة عليه . مثال ذلك من يستولى على كنز وجده فى أرض الغير دون أن يعلم حكم القانون المدنى بشأن ملكية الكنز . لا يعتبر هذا الشخص مختلساً نصيب الغير وترتفع عنه المسئولية الجنائية نتيجة جهله بحكم القانون غير الجنائى .

وليس فى ذلك خروج على مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون لأن هذا الجهل لن يمنع تطبيق القاعدة غير الجنائية بل ستظل سارية وتطبق فى حقه ، أما عن عدم المساءلة الجنائية فيجد أساسه فى انتفاء القصد الجنائى وهو ركن أساسى من أركان الجريمة لا تقوم بدونه ، ولا يتحقق القصد الجنائى لدى من يجد الكنز إلا بالعلم بالقاعدة غير الجنائية .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه حيث أن الزوجين إذ أقدما على الزواج ، لم يكونا عالمين تحريم الجمع بين المرأة وابنة أختها ، شأنهما فى ذلك شأن شاهدى

العقد ، وحيث وأنه وقد انتفى القصد الجنائى فى جريمة التزوير لما تقدم بيانه تكون التهمة على غير أساس ويتعين براءة المتهمين منها (١) .

المبحث الرابع

رقابة صحة التشريع

إذا كان شكل القانون هو مظهر التعبير عن ارادة صاحب السلطة فى الجماعة ، فإن مضمون القانون هو الموضوع أو المادة التى تتضمنها هذه الارادة . ويتمثل المضمون فى قواعد تهدف إلى تحقيق مصالح معينة . ومن ثم فإننا نعرض للمضمون التشريعى ثم نبين رقابة صحة التشريع من حيث الشكل والموضوع .

المطلب الأول

المضمون التشريعى

تنطوى القاعدة القانونية على عنصر موضوعى هو مضمون الخطاب الموجه إلى الكافة . إن مضمون التشريع هو الموضوع أو المادة التى تتضمنها ارادة صاحب السلطة فى الجماعة ، سواء كان حاكماً مطلقاً ، أم طبقة مسيطرة ، أم الشعب من خلال ممثليه المنتخبين فى ظل نظام ديمقراطى . ويأتى الشكل ليأخذ مظهر التعبير عن تلك الارادة بصورة تجعلها ذات وجود خارجى ملموس فى الحياة الاجتماعية .

---

(١) نقض ١٩٤٣/٥/١٠ مجموعة عمر الجنائية جـ٦ ص ٢٤٧ .

ويرتبط الشكل بالمضمون ارتباطاً جدلياً يؤثر كل منهما فى الآخر . إن الخطوات المتبعة للتعبير عن ارادة حاكم مستبد تختلف بالضرورة ، عن الاجراءات اللازمة للتعبير عن ارادة الشعب واخراجها إلى حيز الالزام والتطبيق ، ففى النظم الدكتاتورية أو الاستبدادية ، يملى الحاكم ارادته الشخصية مباشرة على الشعب ، بينما يعبر الشعب ، فى النظام الديمقراطى ، عن ارادته من خلال مجالس نيابية طبقاً للقواعد الدستورية وسيادة مبدأ الشرعية . ونعرض فى هذا الصدد لمبدأ الشرعية ومبدأ تدرج التشريعات

الفرع الأول

مبدأ الشرعية

(أ) وضع المسألة :

يثور التساؤل حول المضمون الذى يجب أن يكون عليه القانون . هل يجوز للسلطة التشريعية اصدار ما تشاء من القواعد أياً كانت غايتها أو نتائجها ، سواء تعلقت بمصلحة الفرد بصفته هذه أم بالخير العام ، وسواء كانت عادلة أم ظالمة لفئات معينة ؟ إن القانون هو مقياس الأشياء أى المعيار الذى يتم الاستناد إليه للحكم باعتبار امر ما مشروعاً أم غير مشروع ، عادلاً أو ظالماً ، فكيف يتصور أن يكون مقياس العدل والظلم هو نفسه ظالماً ؟ وعلى فرض أن التشريع ظالم، هل يجب على الأفراد احترامه والخضوع له ؟ وهل يلتزم القاضى باتباعه ؟ . والواقع أن للمشكلة وجهان : فقد يكون القانون فى حد ذاته غير عادل ، وقد يكون عادلاً إلا أن تطبيقه ، فى بعض الحالات ، يؤدى إلى نتائج ظالمة .

(ب) المذاهب الفلسفية :

- ظهرت المشكلة بوضوح فى اليونان عندما عاشت فترة الحكم المطلق للاسكندر الأكبر بقسوته ازاء تذمر الاغريق . أعلن أبيقور أن الجماعة الانسانية توجد نتيجة تلاقى رضائى وبناء على اتفاق تبادلى ، ويفقد القانون سلطانه متى تجرد عن منفعته ، لأنه موضوع من أجل الانسان وليس العكس . ومن ثم يعارض أبيقور مطالبة الدولة للمواطنين بالخضوع المطلق لسلطانها وقانونها الذى يستحيل - على زعمها - أن يكون ظالماً .

ويختلف موقف أبيقور عن موقف سقراط من الفساد والاستبداد ، الذى حكم عليه ظلماً بالموت طبقاً لقوانين أثينا ، بتهمة افساد أخلاق الشباب ، واشعال نيران الثورة على دين الآباء . رفض سقراط الهروب من السجن ومقاومة الظلم بالعنف ومخالفة القانون والاطاحة بهيبته ولو كان ظالماً ، وفضل تجرع السم تنفيذاً لحكم القانون .

- اقتربت الفلسفة المسيحية من نفس الفكرة حيث ينبغى الالتجاء إلى النصح والارشاد للتقويم والاصلاح . ونادى توما الاكوينى بأن القانون خطاب العقل يهدف إلى الخير العام ويصدر من عاهل المجتمع ، ويتعين على المواطنين كافة الخضوع للتشريع ولو كان ظالماً ، ما دام لا يمس الدين ، لأن الخروج على القانون يؤدى إلى ضرر أكبر يتمثل فى الفوضى والفساد والعصيان .

- ظهر لوك فى أواخر القرن السادس عشر ، واستعاد نظرية أبيقور عن العقد الاجتماعى ، حيث يدخل الناس بمحض رضاهم فى جماعة سياسية بهدف التمتع بملكيتهم فى سلام وأمان ، أى التمتع بالحياة والحرية والمال من خلال

القانون المستتب فى المجتمع . تجسدت آراء لوك فى اعلان الاستقلال الصادر عن الثورة الأمريكية عام ١٧٧٦ ، الذى يعتبر من الحقائق المسلمة أن كل الناس خلقوا متساوين وزودهم الخالق بحقوق معينة غير قابلة للتصرف . ولضمان هذه الحقوق تقوم الحكومات بين الناس مستمدة سلطاتها الشرعية من رضا المحكومين .

– تبنى روسو نظرية العقد الاجتماعى ، حيث يشعر الانسان بالحاجة إلى الاتحاد لضم قوته إلى الآخرين ، ليعملوا جميعاً مثل رجل واحد وعن باعث واحد . وتظل الاتفاقات وحدها أساساً للسلطة الشرعية بين الناس ، وغاية كل تجمع سياسى هى حفظ أعضائه وازدهارهم ، أى حماية كل فرد وأمواله . إن غاية العقد الاجتماعى هى حفظ المتعاقدين .

تبنت الثورة الفرنسية آراء روسو ، فقد جاء فى اعلان حقوق الانسان والمواطن فى صدر دستور ١٧٩١ : النص على حقوق الانسان الطبيعية ، المقدسة ، غير القابلة للتصرف . يولد الناس ويظلون أحراراً ومتساوين فى الحقوق . ولا تقوم التمييزات الاجتماعية إلا على أساس من المنفعة العامة . إن الغاية من كل تجمع سياسى حفظ حقوق الانسان الطبيعية وغير القابلة للتقادم . هذه الحقوق هى الحرية والملكية ، والأمن ومقاومة الطغيان . تبنت الثورة الفرنسية المذهب الفردى ، حيث يسعى المضمون التشريعى ، طبقاً لهذا المذهب ، إلى تكريس الحق الفردى على الملكية كأساس للتشريع وغاية السياسة ، ومن ثم فإن الملكية حق مطلق والعقد شريعة المتعاقدين ، ولا مسئولية بدون خطأ .

(جـ) الشريعة الاسلامية :

سبقت الشريعة الاسلامية كل تلك الفلسفات بمبادئها

السمحة : المساواة الكاملة بين البشر حيث لا فضل لعربى على عجمى إلا بالتقوى ، ومتى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً . ويقرر الاسلام حقوقاً للأفراد باعتبارهم أعضاء فى الجماعة الانسانية بشرط عدم الاضرار بالآخرين ، حيث لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام .

وتقوم الشريعة الاسلامية على تحقيق مصالح الناس ودفع المفاسد عنهم ، وتقديم مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد إذا ما تعارضت المصلحتان ، وإن دفع الضرر العام مقدم على دفع الضرر الخاص . ولكن التشريع لا يملك الخروج على قواعد الشريعة المحكمة ونصوصها القطعية ، حيث لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق ، ومن أفضل الأعمال كلمة حق عند سلطان جائر .

ولا يعترف الاسلام بامتياز أحد على آخر بالنسبة للخضوع إلى القانون ، لا فرق بين حاكم ومحكوم . يقول جل شأنه « إن أكرمكم عند الله أتقاكم » . ولما قال عمر رضى الله عنه « أيها الناس من رأى منكم اعوجاجاً فليقومه » رد عليه رجل من عامة الشعب بقوله : والله لو رأينا فيك اعوجاجاً لقومناك بسيوفنا ، فأجابه عمر : الحمد لله الذى جعل فى المسلمين من يُقوم اعوجاج عمر بسيفه. وجاء الاسلام يدعو إلى التسامح بين الأفراد ومع الجماعات المخالفة ولكن فى غير ذلة «وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله » . وأرسى مبدأ الشورى «وأمرهم شورى بينهم » . وفرض الاسلام نظام الزكاة ليس على سبيل التبرع والاحسان بل هى حق للفقراء وواجب على الأغنياء « وآتوا حقه يوم حصاده » ، « واللذين فى أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم » . وجاء فى الحديث « إن الله

فرض على الأغنياء المسلمين فى أموالهم بقدر ما يكفى فقراءهم ، فإن جاعوا أو عروا فبمنع الأغنياء ، وحق على الله أن يحاسبهم يوم القيامة ويعذبهم عليه . إن المال كله لله والبشر مستخلفين فيه . فيقول جل شأنه « وآتوهم من مال الله الذى آتاكم » ، « وانفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه » .

(د) مشكلة الشرعية :

– ثار الجدل حول موضوع الشرعية منذ نظرية داروين عن أصل الأنواع ، والصراع من أجل الحياة بين أفراد الجنس الواحد ، وكذلك بينهم وبين أفراد الأجناس الأخرى أو عناصر الطبيعة ، عن طريق الاختيار الطبيعى أو حفظ الأجناس المميزة . وانطلاقاً من تلك النظرية قاد بسمارك جيوشه فى كفاحه من أجل توحيد المانيا والنصر على فرنسا . وكان يتبع سياسة واقعية تقوم على قطبين : القوة والدبلوماسية ، حيث ينبغى حسم المشاكل بالدم والحديد ، ولكن يمكن ابرام الصلح كلما سنحت الفرصة ، ومن ثم فإن سياسته لم تحركها القوة العمياء ، بل القوة المفكرة التى تعرف كيف تسيطر على نفسها طبقاً للظروف .

– أثرت فلسفة دراوين وسياسة بسمارك على الفكر القانونى أعمق تأثير من خلال آراء الفقيه الألمانى « يرينج » الذى يقرر بأن تاريخ القوة على الأرض هو تاريخ الأنانية الانسانية التى تزداد فطنة وعلماً ، وتعلمت كيف تجرد القوة الأجنبية من القدرة على الاعتداء وتحولها إلى خدمتها ، بعد أن أحسن الانسان فهم مصلحته .

كانت الخطوة الأول فى هذا الطريق هى الرق حيث فضل المنتصر ، بدلاً من الاجهاز على عدوه المهزوم ، استرقاقه لخدمته والتصرف فيه كحيوانه . ثم ظهرت صورة

أخرى وهى السماح للمهزوم بدفع تعويض ليفتدى نفسه . تحولت القوة إلى قانون من خلال توقيع اتفاق الصلح الذى يعلن المتحاربان التزامهم به ، وتتجدد هذه الظاهرة مع كل اتفاق للصلح على مستوى القانون الدولى حيث يملى القوى ارادته على الضعيف ، فالقانون يستند إلى سلطة الأقوى ، الذى يتقيد بالقاعدة فى سبيل مصلحته .

ويقرر يرينج بأن الدولة تخضع للقوانين التى تضعها ، وذلك تحقيقاً لمصلحتها الذاتية . إن مراعاة الدولة للنظام الذى تضعه أمر ضرورى لتحقيق الأمن القانونى ، وسيادة القانون لازمة للازدهار الوطنى . فالقانون هو السياسة المستنيرة للقوة ، وأن شرط هذه السياسة هو السيطرة الذاتية . ولكن خضوع الدولة للقانون له حدود . ومن الخطأ الاعتقاد بأن مصلحة الأمن القانونى والحرية السياسية تتطلب تقييد سلطة الدولة إلى أقصى حد ، إذ كلما أمست قوة الدولة فى مأزق تعين التضحية بالقانون القائم إذا كان فى ذلك تحقيق مصلحة المجتمع . إن القانون ليس غاية فى ذاته ، بل وسيلة إلى غاية . إن غاية الدولة والقانون هى توفير وحماية شروط حياة المجتمع . إن القانون موجود من أجل المجتمع لا المجتمع من أجل القانون ، فإذا تحتم على قوة الدولة أن تضحى بأحدهما ، عليها التضحية بالقانون وانقاذ المجتمع .

– يقرر يرينج أن القوة تخلق القانون ثم تخضع له لمصلحتها الذاتية . إن القوة تنتظم فى شكل دولة ، وتتبع نظاماً هو القانون ، لكن الدولة تخضع لقوانينها ذاتها من أجل مصلحتها الشخصية حتى يتحقق الأمن القانونى وينتعش الازدهار الوطنى . وهذا ما يطلق عليه الفقيه الألمانى يلينيك

نظرية التحديد الذاتى ، حيث تتضمن كل قاعدة قانونية تأكيداً إلى الرعية بأن الدولة تلتزم بهذه القاعدة طوال مدة بقائها ، وهذه الثقة فى عدم خرق النظام القانونى تمكن كل فرد من تقدير نتائج أفعاله قبل اتيانها ، وهذا شرط ضرورى لتطور المدنية .

إن السيادة تعنى استحالة ايراد حدود قانونية إلا عن طريق الارادة الذاتية ، وتستطيع الدولة تعديل نظامها القانونى دون تدخل من السلطات الأخرى . إن حدود السلطة ذات السيادة ليست مطلقة ، حيث يمكن أن تتخلص الدولة من كل قيد فرضته على نفسها ، لكن بشرط أن يتم ذلك فى صورة قانون .

وقد شاعت نظرية التحديد الذاتى بين رجال القانون ، وتم التعبير عنها حديثاً باسم الدولة القانونية ، أى الدولة التى تخضع للقانون وتلتزم به فى سائر أعمالها ، سواء كانت هذه الأعمال تشريعاً ، أم لائحة ، أم قراراً ادارياً ، وهذا ما يسمى بمبدأ سيادة القانون ، حيث يتعين فى أعمال الدولة أن تراعى الشرعية ، أى أن تكون مطابقة للقانون ، فتخضع كافة أجهزة الدولة للقانون : السلطة التشريعية للدستور ، والسلطة التنفيذية للدستور والتشريع ، والموظفون والمواطنون للدستور والتشريع واللوائح . وهذا هو الجانب الشكلى للشرعية حيث ينبغى توافر الشروط المتطلبة قانوناً للقيام بأى عمل من أعمال الدولة ، بصرف النظر عن المضمون الاجتماعى لهذه الأعمال .

ولقد استقر الفقه على مظاهر معينة للدولة القانونية ، أهمها الفصل بين السلطات ، وتمثيل الشعب فى السلطة التشريعية ، والاعتراف بحقوق دستورية للأفراد ، وخضوع

الادارة للقانون ، واستناد الأحكام إلى التشريع ، واستقلال رجال القضاء ، وشرعية الجرائم والعقوبات .

الفرع الثانى

مبدأ تدرج التشريعات

رأينا أن هناك ثلاثة أنواع من التشريع يعلو بعضها على بعض فى الدرجة . أى أن التشريعات تتدرج فى القوة . فالدستور أو التشريع الأساسى يوجد فى قمة التدرج ، ويليه التشريع العادى ، ثم يتبعه التشريع الفرعى .

ويترتب على تدرج التشريع نتيجة هامة هى تقيد التشريع الأدنى بالتشريع الأعلى . فالتشريع العادى لا يجوز أن يخالف التشريع الأساسى . ولا ينبغى أن يخالف التشريع الفرعى التشريع العادى أوالدستور . فالدستور يقف فى قمة هذا التدرج . وهذا ما يطلق عليه مبدأ سمو أو علو الدستور ، أى أنه قواعده تعد أسمى القواعد فى النظام القانونى كله .

ويستمد كل تشريع قوته وصحته من مطابقته لقواعد التشريع الذى يعلوه . لذا يقع باطلاً التشريع الأدنى الذى يصدر مخالفًا للتشريع الأعلى ، أى عدم صحة القانون المخالف للدستور ، وعدم صحة اللائحة التى تخالف القانون أو الدستور . وإذا قام تعارض بين عدة قواعد تشريعية متفاوتة فى القوة وجب على القاضى تطبيق القاعدة الأعلى فى المرتبة ، فيغلب الدستور على القانون ويغلب القانون على اللائحة والقرار الادارى .

ويتم التعبير عن الأفكار السابقة عن طريق مبدأين هامين : الأول ، مبدأ شرعية اللوائح أو قانونية اللائحة . أى أن تكون اللائحة متفقة مع التشريع العادى . الثانى ، مبدأ

الدستورية أو دستورية القوانين واللوائح أى موافقتها للدستور . ويثور التساؤل ، فى هذا المقام عن جزاء مخالفة هذين المبدأين والسلطة التى تملك مراقبة تطبيقهما وتوقيع الجزاء عند ثبوت المخالفة .

والواقع أن رقابة صحة التشريع تتم من جانبين : ناحية الشكل ، وناحية الموضوع .

المطلب الثانى

رقابة صحة التشريع من حيث الشكل

يقصد بصحة التشريع من الناحية الشكلية مراعاة الاجراءات والأصول التى يقضى بها الدستور فى سن التشريع واصداره ونشره. فالتشريع الذى يصدر بالمخالفة لتلك الاجراءات يكون معيباً بعيب شكلى ويفقد كل أو بعض صفاته القانونية .

فالتشريع العادى الذى لا توافق عليه الأغلبية المطلوبة من أعضاء مجلس الشعب فى مصر أو مجلس النواب فى لبنان لا يكون له وجود قانونى كتشريع . والتشريع الذى لا يصدره رئيس الجمهورية لا يكون نافذاً . والتشريع الذى لا ينشر فى الجريدة الرسمية لا يكون واجب التطبيق لأنه غير ملزم .

والتشريع الفرعى الذى لا يصدر من الرئيس أو من الشخص الذى فوضه فى اصداره فى الحالات التى يجوز فيها التفويض ، لا يكون موجوداً قانوناً . واللائحة التى لا تنشر فى الجريدة الرسمية لا تكون ملزمة .

ولا يختلف أحد على ضرورة رقابة صحة التشريع من

الناحية الشكلية ، وأنه يحق للقضاء ممارسة هذه الرقابة . فإذا تبين للقاضى أن التشريع لم تتوافر فيه الشروط الشكلية المطلوبة كان عليه أن يمتنع عن تطبيقه . فمتى تثبتت المحكمة من عدم صحة التشريع بسبب المخالفة الشكلية كان عليها الامتناع عن تطبيقه . وتقف مهمة القاضى فى هذه الحالة عند عدم تطبيق نص القانون المعيب شكلاً وذلك فى الدعوى المطروحة أمامه ، ولكنه لا يقضى ببطلان هذا القانون أو الغائه . وتسمى هذه الرقابة برقابة الامتناع .

المطلب الثالث

رقابة صحة التشريع من حيث الموضوع

يكون التشريع صحيحاً من الناحية الموضوعية إذا كانت أحكامه متسقة مع أحكام التشريع الأعلى ، إذ ينبغى أن يتقيد كل تشريع من حيث موضوعه بالتشريعات الأسمى منه درجة . فالتشريع الفرعى يجب ألا يصطدم مع التشريع الرئيسى أو العادى . ويجب ألا يتعارض التشريع العادى مع الدستور . فكيف تتم رقابة صحة التشريع من حيث الموضوع ؟ .

ينبغى التفرقة بين نوعين من الرقابة : الرقابة على صحة التشريع الفرعى ، والرقابة على صحة التشريع العادى .

الفرع الأول

الرقابة على صحة التشريع الفرعى

ويطلق على هذا النوع من الرقابة رقابة مشروعية اللوائح ، أى التحقق من مدى توافق أحكامها مع أحكام القانون

والدستور . مثال ذلك اصدار الحكومة تشريعاً فرعياً تستولى به على أموال الناس دون أن تعوضهم عنها . هذا التشريع يخالف حكم الدستور الذى يقضى بعدم نزع الملكية الخاصة إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل (١).

لا خلاف على حق المحاكم فى رقابة صحة التشريع الفرعى من الناحية الموضوعية لضمان عدم مخالفته لقواعد وأحكام التشريع العادى والدستور على السواء .

فالقضاء العادى يقتصر حقه على مجرد الامتناع عن تطبيق نص اللائحة المخالف للقانون أو الدستور فى الدعوى المرفوعة أمامه ، دون الغائه (٢) . أى إننا نكون بصدد رقابة امتناع كما سبق أن رأينا بصدد رقابة صحة التشريع من حيث الشكل . ومؤدى هذه الرقابة بقاء اللائحة قائمة وقابلة للتطبيق على دعاوى أخرى غير تلك المعروضة على المحكمة ، ذلك أن الحكم الصادر بالامتناع عن تطبيق اللائحة يحوز حجية نسبية مقصورة على النزاع موضوع الدعوى . أضف إلى ذلك أن امتناع المحكمة عن تطبيق اللائحة لا يقيد غيرها من المحاكم التى قد تذهب مذهباً مغايراً .

أما القضاء الادارى فسلطته فى رقابة شرعية اللوائح اكثر اتساعاً من سلطة القضاء العادى . فالقاضى الادارى يملك هو الآخر الامتناع عن تطبيق اللائحة المخالفة للقانون أو الدستور ، وله فضلاً عن ذلك سلطة الغاء مثل هذه اللائحة

---

(١) م ٢٤ من الدستور .

(٢) وتستطيع المحكمة أن تفعل ذلك من تلقاء نفسها ، ولو لم يتمسك أحد الخصوم بذلك ، لأن عيب عدم مشروعية اللوائح أو عدم دستوريتها أمر يتعلق بالنظام العام .

باعتبارها قراراً ادارياً إذا ما طلب منه ذلك خلال مدة معينة . ومرجع الخلاف بين سلطة كل من القاضى العادى والقاضى الادارى فى هذا الشأن أن القضاء الادارى هو وحده الذى يختص بالغاء القرارات الادارية ولا يملك القضاء العادى الغاء مثل هذه القرارات .

والجدير بالذكر أن سلطة القضاء الادارى فى الالغاء تمتد لتشمل اللوائح والأوامر الادارية الفردية ، هذا بالاضافة إلى القرارات بقوانين التى تصدرها السلطة التنفيية فى حالة الضرورة والتفويض لأنها تعتبر قرارات ادارية من حيث الشكل .

الواقع أن الطعن بعدم شرعية اللائحة أمام القضاء الادارى يمكن أن يتم من خلال أحد طريقين .

الأول : الطريق المباشر أى رفع دعوى مستقلة يطلب فيها المدعى الغاء اللائحة المخالفة للقانون أو الدستور . وينبغى رفع الدعوى فى الميعاد المحدد لرفع دعوى الالغاء وهو ستون يومًا من تاريخ نشر اللائحة فى الجريدة الرسمية .

الثانى : الطريق غير المباشر ، إذ يتم رفع دعوى الغاء أمر ادارى فردى صدر استناداً إلى لائحة مخالفة للقانون ، فيطلب المتظلم عدم الاعتداد بهذه اللائحة ، ويستطيع أن يطلب هذا الطلب فى أى وقت دون التقيد بالميعاد المحدد لطلبات الالغاء .

وتعبر محكمة القضاء الادارى عن ذلك بقولها : « ويجوز الطعن فى القرارات التنظيمية العامة (أى اللوائح) بأحد طريقين : أما بالطريق المباشر أى بطلب الغائها فى الميعاد ، أو بالطريق غير المباشر فى أى وقت عند تطبيقها فى

الحالات الفردية ، أى بطلب عدم الاعتداد بها لمخالفتها القانون ، وذلك عند الطعن فى القرارات الفردية بالالغاء » (١) .

الفرع الثانى

الرقابة على صحة التشريع العادى

(رقابة دستورية القوانين)

(أ) عرض المشكلة :

رأينا أن دستورية القوانين تعنى موافقة التشريع العادى لأحكام الدستور . ولا تثور مشكلة دستورية القوانين إلا فى البلاد ذات الدساتير الجامدة ، أى التى لا يجوز تعديلها عن طريق التشريع العادى ، كما هو الحال فى القانونين المصرى واللبنانى . أما حيث يكون الدستور مرناً فإن صدور تشريع مخالف له يعد أمراً مشروعاً ، لأن هذا التشريع يعنى تعديل الدستور نظراً لعدم وجود تفرقة بين التشريع الدستورى والتشريع العادى .

(ب) رقابة المحاكم دستورية القوانين :

بينما يوجد اجماع على سلطة المحاكم فى بحث شرعية اللوائح ، فإن حق المحاكم فى رقابة صحة التشريع العادى الموضوعية للتأكد من موافقته لأحكام الدستور ، أمر متنازع فيه فى الفقه والقضاء ، ومختلف فيه باختلاف النظم والشرائع . ويمكن التمييز ، فى هذاالمقام ، بين تيارين رئيسين متعارضين :

---

(١) محكمة القضاء الادارى ١٩٥٢/٢/٥ المحاماة س ٣٣ ، عدد ٧ ، ص ١٠٥٩ .

الاتجاه الأول ، ويرى منع المحاكم من رقابة دستورية القوانين وذلك استناداً إلى مبدأ الفصل بين السلطات ، إذ تستقل السلطة التشريعية بسن التشريع ، ويتولى رئيس السلطة التنفيذية اصداره ، وتقتصر وظيفة السلطة القضائية على تطبيق التشريع ، فقط ، وليس لها التعرض لدستورية القوانين . ذلك أن قيام المحاكم بمراقبة دستورية القانون والامتناع عن تطبيقه هو من قبيل مراقبة أعمال السلطة التشريعية والتعقيب على تصرفاتها والتوصل إلى اهدارها، ويعد ذلك خروجاً من السلطة القضائية عن اختصاصها وتعدياً على اختصاص السلطة التشريعية .

الاتجاه الثانى ، ويرى تخويل المحاكم سلطة التحقق من دستورية القانون ، لأن ذلك يدخل فى صميم اختصاص القضاء . فالقاضى عند قيامه بهذا الدور لا يخرج عن وظيفته الأصلية وهى تطبيق القانون بمعناه العام أى مجموع القواعد القانونية السائدة فى الدولة . ذلك أن الأمر يعرض على القاضى فى صورة تعارض بين قاعدة تشريعية وأخرى دستورية . ويستحيل عليه تطبيقهما معاً لتعارضهما مما يتعين عليه الخيار بينهما ، وبطبيعة الحال يكون من واجب القاضى ، فى هذه الحالة ، اختيار واعمال القاعدة الدستورية تطبيقاً لمبدأ تدرج التشريع وسمو الدستور .

والواقع أن رقابة المحاكم الدستورية لا يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات ، بل يؤكد هذا المبدأ ويقويه . ذلك أن تخويل المحاكم مثل هذا الحق يمنع السلطة التشريعية من الخروج عن حدود اختصاصها المحدد فى الدستورر ، ويمنعها من أن تفرض على السلطة القضائية قانوناً غير دستورى وتلزمها بتطبيقه ، وفى ذلك مساس باستقلال هذه

السلطة واختصاصها بتطبيق القواعد القانونية بكافة أنواعها ودرجاتها .

وقد صادف هذا الرأى رواجًا فى كثير من بلاد العالم وأخذت به غالبية الدساتير ، وأهمها دستور الولايات المتحدة الأمريكية . أما الرأى الأول فقد أخذ به القضاء الفرنسى .

(جـ) كيف يراقب القضاء دستورية القانون ؟

تتم رقابة القضاة لدستورية القانون بأحد طريقين : الدعوى والدفع.

١- **طريق الدعوى** ، حيث يتم التوجه إلى القضاء ابتداء ومباشرة بدعوى أصلية يطلب فيها الحكم باعتبار قانون من القوانين غير دستورى لمخالفته أحكام الدستور . ويتم رفع الدعوى أمام محكمة خاصة (١) يخولها الدستور هذا الاختصاص ، حيث تختص وحدها دون المحاكم العادية بالنظر فى دستورية القوانين والغاء القانون غير الدستورى . وتصدر هذه المحكمة حكمها أما بدستورية القانون وأما ببطلانه أو الغائه إذا ما ثبت لها عدم دستوريته . ويكون الحكم ، فى الحالتين ملزماً لجميع المحاكم وحجة على الكافة .

٢- **طريق الدفع** ، وهنا لا يتم الطعن بعدم دستورية القانون عن طريق دعوى أصلية ، بل عن طريق الدفع بمناسبة

---

(١) والأصل ان حق رفع الدعوى بعدم الدستورية مقرر فى هذه الحالة ، لكل المواطنين ولكن بعض الدول تقصره على هيئات عامة معينة .

وأما عن المحكمة التى تنظر الطعن فهى أما ان تكون المحكمة العليا فى النظام القضائى كمحكمة النقض أو المحكمة الاتحادية العليا (كسويسرا مثلاً) ، وأما ان تشكل محكمة لهذا الغرض كالمحكمة الدستورية العليا فى مصر

نظر دعوى قضائية يراد تطبيق القانون غير الدستوري عليها ، حيث يدفع أحد الخصوم بعدم دستورية القانون المطلوب تطبيقه . أي أن الطعن بعدم الدستورية يتم عن طريق دفع فرعي يبديه أحد الخصوم بمناسبة دعوى معروضة أمام القضاء . كما يجوز للمحكمة أن تتصدى من تلقاء نفسها لبحث دستورية القانون نظراً لأنها تكون مضطرة ، عند التعارض ، لتغليب أحد التشريعات المتعارضة على غيره . يختلف الحكم في هذه الحالة بحسب الدول ويمكن التمييز بين اتجاهين .

الأول - تتصدى المحكمة للبحث في مدى مطابقة القانون لأحكام الدستور ، فإذا تحققت من هذه المطابقة رفضت الدفع مؤكدة دستوريته وتتولى تطبيقه على النزاع المعروض عليها . أما إذا تثبتت من مخالفة القانون للدستور ، فإن المحكمة تقضي بعدم دستوريته وتمتنع عن تطبيقه في الدعوى المعروضة عليها ، وليس لها أن تحكم ببطلانه . وقد أخذت بهذا الأسلوب بعض الدول كالولايات المتحدة وكندا وأستراليا والبرتغال .

الثاني - توقف المحكمة الفصل في الدعوى . وتحيل الطعن في دستورية القانون إلى المحكمة المختصة لتفصل فيه . وتصدر هذه المحكمة حكمها أما بدستورية القانون وأما بالغائه . ويكون الحكم ، في الحالتين ، حجة على الكافة وملزماً لجميع المحاكم . لذا يجب نشر الحكم القاضي بعدم دستورية القانون في الجريدة الرسمية (١)

(١) النص في المادة ١٨٧ من الدستور على ان « تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى -

....

- الدستورية ، والقرارات الصادرة بتفسير النصوص التشريعية ، وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعى من آثار » وفى المادة ٣١ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ الخاص باصدار قانون الاجراءات والرسوم امام المحكمة العليا على انه « تنشر فى الجريدة الرسمية قرارات تفسير النصوص القانونية وكذلك منطوق الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل فى دستورية القوانين وتكون هذه الأحكام ملزمة لجميع جهات القضاء » يدل على أن نشر تلك الأحكام قصد به علم الكافة ، وأن هذا العلم يفترض بمجرد حصول هذا النشر ، أنه يترتب على هذه الأحكام عدم نفاذ النصوص التشريعية المحكوم بعدم دستوريتها من تاريخ النشر فى الجريدة الرسمية ، وتكون ملزمة لجميع جهات القضاء منذ هذا التاريخ ، لما كان ذلك ، وكانت المادة الأولى من القانون رقم ٩٩ لسنة ٦٣ قد نصت على أنه « لا تسمع أمام أية جهة قضائية أية دعوى يكون الغرض منها الطعن فى أى تصرف أو قرار أو تدبير أو اجراء وبوجه عام أى عمل أمرت به أو تولته الجهات القائمة على تنفيذ الأوامر الصادرة بفرض الحراسة على أموال وممتلكات بعض الأشخاص والهيئات ، وذلك سواء أكان الطعن مباشراً بطلب الفسخ أو الالغاء أو التعديل أو وقف تنفيذ أم كان الطعن غير مباشر عن طريق المطالبة بالتعويض أياً كان نوعه أو سببه » وكانت المحكمة العليا قد حكمت بتاريخ ١٩٧٦/٧/٣ فى القضية رقم ٥ لسنة ٥ قضائية بعدم دستورية النص السابق ونشر منطوق هذا الحكم بتاريخ ٧٦/٧/٢٩ بالعدد ٣١ من الجريدة الرسمية ، فإن الحكم المطعون فيه – وقد صدر بتاريخ ٧٦/١١/٢٧ – إذا قضى بعدم سماع الدعوى استناداً إلى النص المشار إليه رغم القضاء بعدم دستوريته يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن . (نقض ١٩٨١/٣/١٨ س ٣٢ ص ٨٦١) .

المحكمة العليا وقد حكمت بتاريخ ١٩٧٤/٤/١٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ٤ قضائية « دستورية » بعدم دستورية المادة ١١٧ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٦٤ بشأن المعاشات والمكافآت والتأمين والتعويض للقوات المسلحة والقوانين المعدلة له ، وتم نشر هذا الحكم فى الجريدة الرسمية بالعدد رقم ١٩ بتاريخ ١٩٧٤/٥/٩ ، وإذ كانت الأحكام الصادرة من هذه المحكمة بعدم دستورية نص فى قانون لها حجية مطلقة ينصرف أثرها إلى الكافة – من تاريخ نشرها – إذ أن الخصومة بطبيعتها ، عينية ، وذلك اعمالاً لأحكام القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ باصدار قانون المحكمة العليا الملغى ، وكذلك طبقاً للقانون الحالى رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ باصدار قانون المحكمة الدستورية العليا ، لما كان ما تقدم وكان =

تم انشاء المحكمة الدستوريا العليا (١) لتختص دون غيرها بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح .

(د) رقابة دستورية القانون فى مصر :

وتتصل تلك المحكمة بالمسألة الدستورية عن طريق :

١- إذا تراءى لاحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى أثناء نظر احدى الدعاوى ، عدم دستورية نص فى قانون أو لائحة لازم للفصل فى النزاع ، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية .

٢- إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام احدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة ، ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدى أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا . فإذا لم ترفع الدعوى فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن .

- الحكم المطعون فيه قضى برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى المشار إليه ، وهو قضاء صحيح قانوناً إذ أن لجهة القضاء العادى أن تنظر فى دعاوى التعويض بالتطبيق لأحكام القانون المذكور، وذلك لعدم دستورية النص المانع من ذلك وكان الحكم المطعون فيه سليماً فيما انتهى إليه ، فإنه لا يبطله ما قد يكون قد اشتملت عليه أسبابه ، إذ لمحكمة النقض أن تصحح هذه الأسباب بغير أن تنقضه وبذلك يكون النعى بهذا السبب غير منتج . (الطعن ٢٥١بلسنة ٤٢ق جلسة ١٦/٢/١٩٨٢) .

(١) انشأ المشرع المحكمة العليا بالقانون ٨١ لسنة ١٩٦٩ ، ثم نص دستور ١٩٧١ على انشاء المحكمة الدستورية العليا لتحل محل المحكمة العليا . صدر القانون ٤٨ لسنة ١٩٧٩ لتنظيم تلك المحكمة ، وتم تعديله بالقانون ١٩٩٨/١٦٨ .

يجور للمحكمة فى جميع الحالات أن تقضى بعدم دستورية أى نص فى قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد اتباع الاجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية .

ويعد الحكم الصادر نهائياً وغير قابل للطعن فيه ، ويعد ملزماً لجميع سلطات الدولة وللكافة . ويجب نشر أحكام المحكمة فى الجريدة الرسمية بغير مصروفات خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها . ويترتب على هذا النشر التوقف عن تطبيق نص اللائحة أو القانون غير الدستورى من اليوم التالى للنشر (١) .

---

(١) لما كان النص فى المادة ١٧٨ من الدستور على أن تنشر فى الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا فى الدعاوى الدستورية ٤٥٨ . والقرارات الصادرة بتفسير النصوص التشريعية وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعى من آثار وتنص المادة ٤٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ باصدار قانون المحكمة الدستورية العليا على أن أحكام المحكمة فى الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة وتنشر الأحكام والقرارات المشار إليها فى الفقرة السابقة فى الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها ، ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم . فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقًا بنص جنائى تعتبر الأحكام التى صدرت بالادانة استناداً إلى نلك النص كأن لم تكن ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لاجراء مقتضاه . يدل على أن الحكم الصادر بعدم دستورية نص تشريعى يسرى من اليوم الثانى لنشره بالجريدة الرسمية بما يترتب عليه من عدم جواز تطبيق ذلك النص من هذا التاريخ ولما كان القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ لم ينص على ترتيب اية اثار على المراكز القانونية التى تكون قد استقرت فى الفترة السابقة على نشر الحكم الذى قضى بعدم دستورية النص القانونى التى استقرت هذه المراكز استناداً إليه – كما ذهب إلى ذلك بالنسبة إلى الأحكام التى صدرت الادانة استناداً إلى نص جنائى قضى بعدم دستورية فإنه لا يكون لهذا الحكم أى اثر على المراكز القانونية التى استقرت فى الفترة السابقة على نشر الحكم المذكور -

ولا يؤثر الحكم الصادر بعدم دستورية نص من النصوص على المراكز القانونية التى استقرت قبل نشر الحكم (١) ، ولا على الأحكام التى صدرت بالتطبيق لهذا النص متى كانت قد أصبحت نهائية قبل صدور حكم المحكمة الدستورية العليا . أما إذا صدر حكم استناداً إلى النص الذى

- وكان قرار القيد موضوع الدعوى ، بما لا خلاف عليه بين الخصوم ، قد صدر قبل نشر حكم المحكمة الدستورية فلا أثر لهذا الحكم على القرار السالف . وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وتناول بالرد فى أسبابه على دفاع الطاعن فى هذا الخصوص فإنه يكون قد وافق صحيح القانون (الطعن ٢٠٣٤ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢٦) .

(١) بتاريخ ١١ يوليو ١٩٩٨ نشر فى الجريدة الرسمية (العدد ٢٨ مكرر) قرار رئيس الجمهورية بالقانون ١٩٩٨/١٦٨ بتعديل الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا ونص فى المادة الأولى منه على أن : يستبدل الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ النص التالى « ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخًا آخر ، على أن الحكم بعدم دستوية نص ضريبى لا يكون له فى جميع الأحوال إلا أثر مباشر ، وذلك دون اخلال باستفادة المدعى من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص . يترتب على التعديل الغاء الأثر الرجعى لأحكام المحكمة الدستورية ، حيث كان من الثابت أن الحكم بعدم دستورية نص يلحقه ابتداء من يوم صدوره وليس من تاريخ نشر الحكم ، وأصبحت أحكام المحاكم تسرى كأصل عام ، بأثر مباشر من اليوم التالى لنشر الحكم فى الجريدة الرسمية . ويترتب على ذلك أن يسرى النص المقضى بعدم دستورينه على الوقائع والعلاقات التى نشأت قبل صدور الحكم استقراراً للمراكز القانونية للأفراد وأوضاع الميزانية العامة للدولة

ويجوز للمحكمة اعمال الأثر الرجعى للحكم الصادر بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة ، وتلك رخصة استثنائية للمحكمة تتمتع فيها بسلطة تقديرية . ولا يجوز ممارسة تلك الرخصة بالنسبة للنصوص الضريبية ، حيث يبطل النص الضريبى المقضى بعدم دستوريته من تاريخ نشر الحكم وليس من تاريخ صدوره .

ومن المقرر انه إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائى ، فإن جميع الأحكام التى صدرت بالادانة استناداً إلى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن حتى ولو كانت أحكاماً باتة

قضى بعدم دستوريته ، ولا زال هذا الحكم قابلاً للطعن عليه بالاستئناف أو بالنقض ، فإنه يجوز الطعن فى هذا الحكم تأسيساً على عدم دستورية النص .

إلا أنه إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقًا بنص جنائى ، تعتبر الأحكام التى صدرت بالادانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن . ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لاجراء مقتضاه (١) . مؤدى ذلك أن الحكم بعدم دستورية النص الجنائى يماثل تماماً صدور قانون جديد يعتبر الفعل مباح . ومن المقرر أن مثل هذا القانون يسرى بأثر رجعى على الأفعال التى تكون قد ارتكبت فى ظل القانون القديم . وبناء على ذلك يستفيد المحكوم عليه من حكم المحكمة الدستورية العليا ولو كان الحكم الجنائى قد صار نهائيًا باستنفاذ طرق الطعن فيه بل ولو تم البدء فى تنفيذه ، ويترتب على ذلك وقف تنفيذ الحكم وانتهاء كافة آثاره الجنائية .

المبحث الخامس
صياغة التشريع

نعرض لمفهوم الصياغة القانونية . ثم نبين طرق وأساليب تلك الصياغة .

المطلب الأول
الصياغة القانونية

(أ) مفهوم :

تتكون القاعدة القانونية من عنصرين : عنصر العلم

---

(١) المواد ٢٩ ، ٢٧ ، ٤٨ ، ٤٩ من القانون ١٩٧٩/٤٨ .

وعنصر الصياغة . يتعلق عنصر العلم بجوهر القانون وموضوعه ، أى بالمادة الأولية التى يتكون منها القانون ، وبالعوامل التى تدخل فى مضمونه أى القوى الخلاقة للقانون .

أما عنصر الصياغة فيتمثل فى اخراج هذا المضمون إلى حيز العمل من خلال الوسائل الفنية اللازمة لانشاء القاعدة القانونية والتعبير عنها ، وتسمى بأساليب صناعة أو صياغة القانون . وعلى هذا فالصياغة القانونية هى بمثابة تحويل المادة الأولية التى يتكون منها القانون إلى قواعد عملية صالحة للتطبيق الفعلي على نحو يحقق الغاية التى يفصح عنها جوهرها ، ويتم ذلك عن طريق اختيار الوسائل والأدوات الكفيلة بالترجمة الصادقة لمضمون القاعدة واعطائها الشكل العملى الذى تصلح به للتطبيق .

وتعد الصياغة القانونية عنصراً هاماً من عناصر تكوين القاعدة القانونية ، فهى التى تخرجها إلى حيز الوجود ، ويتوقف نجاح تلك القاعدة على دقة الصياغة ومدى ملائمة أدواتها . لهذا ينبغى مراعاة الدقة فى صياغة القاعدة القانونية من خلال اختيار التعبير الفنى العملى وأقرب السبل وأفضل الأدوات لتحقيق الغاية المقصودة منها .

(ب) فن الصياغة :

يتمثل المضمون التشريعى فى قواعد ترمى إلى تحقيق مصالح وتصاغ فى صورة نصوص . وهذا هو فن الصياغة القانونية la technique juridique ، ويقصد به مجموعة الوسائل والقواعد المستخدمة لصياغة الأفكار القانونية فى نصوص تشريعية تعين على تطبيق القانون من الناحية العملية ، وذلك باستيعاب وقائع الحياة فى قوالب تشريعية لتحقيق الغرض الذى تنشده السياسة القانونية .

إن موضوع هذا الفن وغايته هو تسهيل العمل بالقانون ، ويتحقق ذلك من خلال عدة أمور :

١- **استخدام مناهج وأساليب فى الصياغة** تمكن قدر المستطاع من احتواء كافة الوقائع فى مجال القواعد القانونية . إن وقائع الحياة المتنوعة تعصى على الادراك ، فى حين أن أساليب الصياغة القانونية محدودة الامكانيات . لذا يصعب على أى فن بشرى ، مهما بلغ من كمال ، أن يصوغ مبادئ وقواعد تصلح لكل الأمور وفى كافة الأزمان . وتستدعى تلك الهوة السحيقة بين الوقائع والنصوص ، بذل جهد واع لحسن صياغة أحكام القانون . فيجب قدر الامكان صياغة القواعد بصورة تجابه كافة الفروض والظروف ، وكذلك ما يطرأ من تطورات واحتمالات . وينبغى أن تصب القواعد وتصهر وفقاً للأشياء والوقائع على نحو تتسع لما بينها من تنوع وتفاوت، أى أن ينبغى على المشرع أن يجمع فى الصياغة القانونية بين كمال التحديد واتقان التكييف .

٢-**خلق الأفكار القانونية** : إن الحياة الاجتماعية تولد مصالح وحاجات معينة ، ويأتى فن الصياغة القانونية لاشباع هذه الحاجات ، من خلال استخدام وسائل مصطنعة وأفكار قانونية . وهكذا يتضمن كل قانون عناصر مادية توفرها الحياة ، وعناصر مصطنعة من خلال الصياغة القانونية . مثال ذلك حاجة الانسان للحصول على شئ معين لحيازته والانتفاع به والتصرف فيه ، فيتم صياغة هذه الحاجة عبر فكرة قانونية هى الملكية ، أى تجميع مكنات الانسان تجاه الأشياء فى فكرة الملكية .

٣- **الدراسة المقارنة** : حيث تعد من العوامل المساعدة فى الصياغة القانونية . وتتمثل فى الاستعانة

بالطرق والأساليب المتبعة فى البلاد الأخرى لصياغة أحكام القانون .

يقوم القانون على عاملين متميزين هما معطيات الحياة والصناعة القانونية . ويترتب على تباين واختلاف معطيات الحياة من بلد لآخر ، نسبية القانون وتفاوت مضمونه . أما الصناعة القانونية فلا ترتبط بالظروف المحلية إلا بدرجة ثانوية ، فالشكل الخارجى للقانون يتمتع باستقلال نسبى ، ولا يتأثر تلقائياً بتغيير المضمون ، ويساعد ذلك على النقل والاقتباس على صعيد فن الصياغة القانونية ، من خلال الدراسة المقارنة . ولكن ينبغى أن يتم ذلك بحذر شديد ، لأن الظروف المحلية قد تكون ذات تأثير . ولو بصفة ثانوية ، فى نطاق اختيار القالب الصياغى للقاعدة القانونية .

ويستخدم فن الصياغة القانونية أساليب كثيرة تهدف إلى تحقيق القانون ، منها الصياغة الجامدة والمرنة ، والصياغة المادية والصياغة القانونية .

المطلب الثانى
الصياغة الجامدة والمرنة

من أمثلة فن الصياغة الاختيار بين المعيار المرن والقاعدة الجامدة ، فيمكن صياغة القاعدة بصورة جامدة تقيد القاضى ولا تترك مجالاً للسلطة التقديرية . ويمكن صياغتها بطريقة مرنة تترك له حرية واسعة فى التقدير والتطبيق .

(أ) الصياغة الجامدة :

تعتبر صياغة القاعدة القانونية جامدة إذا كانت تواجه فرضاً معيناً أو وقائع محددة وتتضمن حلاً ثابتاً لا يتغير

مهما اختلفت الظروف والملابسات . لذا يجد القاضى نفسه مضطراً لتطبيق الحل أو الحكم بمجرد توافر الفرض بطريقة آلية وصارمة .

وينطبق ذلك على القواعد التى تتضمن مواعيد وأرقام محددة ، مثل القواعد المحددة لمواعيد الطعن فى الأحكام بالنقض أو الاستئناف . فمتى فات الميعاد المحدد للطعن ، فإن القاضى لا يملك إلا الحكم بعدم قبول الطعن المرفوع بعد الميعاد .

ونفس الحكم بالنسبة لكل شخص بلغ سن الرشد دون أن يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ، أن مجرد بلوغ الشخص هذه السن (٢١ سنة فى مصر ، ١٨ سنة فى لبنان) ، يؤدى إلى اكتمال أهليته دون أن يكون للقاضى سلطة تقديم أو تأخير ذلك .

فقد كان من الممكن أن يأخذ المشرع بمعيار مرن عند تحديد سن الرشد بالنسبة إلى المواطنين ، هو الأخذ بالبلوغ الطبيعى ، فلا يعتبر رشيداً إلا الشخص البالغ من الناحية الفسيولوچية ، القادر على فهم وادراك تصرفاته . وكانت الشرائع القديمة تأخذ بهذا المعيار المرن ، الذى يختلف باختلاف الأفراد ، ويراعى الفروق الواقعية بينهم ، لأن البلوغ الطبيعى يتفاوت من شخص إلى آخر . ولكن كانت هناك صعوبة فى تطبيقه لأن اثباته ليس دائماً يسيراً من الناحية العملية . لذا عدلت الشرائع الحديثة عن هذا المعيار المرن ، الأكثر اتساقًا مع العدالة ، وأخذت بقاعدة جامدة ، أسهل تطبيقاً فى العمل ، فحددت سناً قانونية للرشد يتساوى فيه جميع المواطنين ، بغض النظر عن درجة بلوغهم الفسيولوجى .

(ب) الصياغة المرنة :

تكون الصياغة مرنة إذا اكتفت القاعدة القانونية باعطاء القاضى معياراً مرنًا يستهدى به فى وضع الحلول المناسبة لكل حالة على حدة من القضايا المعروضة عليه طبقًا للظروف والملابسات المختلفة . فالقاضى بسلطة تقديرية واسعة ازاء تطبيق القاعدة المرنة .

مثال ذلك القاعدة القانونية التى تقرر بأنه ليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها ، وإنما له أن يطلب ازالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف . فهذه الصياغة المرنة تترك للقاضى حرية واسعة فى تقدير الضرر وما إذا كان يعتبر مألوفاً أم غير مألوف . ويختلف ذلك بطبيعة الحال بحسب العرف وموقع العقار والغرض المخصص له .

وكذلك الحال بالنسبة للقاعدة التى تعطى للواهب الحق فى الرجوع فى الهبة متى كان يستند إلى عذر مقبول . فلا شك أن معيار العذر المقبول معيار مرن يتيح للقاضى السلطة الكاملة فى تقديره وفقاً لظروف كل حالة على حدة .

وتُعتبر قواعد قانون العقوبات مرنة إذا كانت تحدد العقوبة من خلال وضع حد أقصى وحد أدنى مع ترك الحرية للقاضى فى تطبيق العقوبة المناسبة بين هذين الحدين طبقاً للظروف الخاصة بكل حالة على حدة .

(جـ) مقارنة بين الصياغة الجامدة والصياغة المرنة :

تتميز الصياغة الجامدة بالانضباط وتحقيق الاستقرار فى المعاملات ، ومن شأنها أن تؤدى إلى المساواة المطلقة والعدل المجرد ، إذ لا مجال فيها للتحكم أو التمييز والمحاباة . ويعاب عليها أنها لا تحقق العدالة لأنها تتسم

بالجمود وعدم مراعاة الظروف الخاصة بكل حالة على حدة .

أما الصياغة المرنة فتتميز بأنها تحقق العدالة أو العدل الواقعي لأنها تمكن القاضي من اعطاء الحل المناسب لكل واقعة أو الحل الذي يتمشى مع ظروف كل حالة وملابساتها . فالقاضي يختار العقوبة المناسبة لظروف كل جريمة وحالة كل مجرم . فهو ينزل بالعقوبة إلى الحد الأدنى إذا وجدت ظروف مخففة . ويرتفع بالعقوبة إذا وجدت ظروف مشددة . فمن يسرق لاحضار الدواء لأولاده لا يمكن ان يأخذ حكم من يسرق أنثى بالقوة لمجرد اللهو والعبث وتعاطى المخدرات .

ومن مزايا الصياغة المرنة أيضاً قدرتها على التطور ومسايرة التغيرات الاجتماعية ومواجهة الوقائع والحالات الجديدة التي تكشف عنها الحياة العملية .

وقد يعاب على القاعدة المرنة أن من شانها أن تؤدى إلى التحكم بسبب السلطة الواسعة التي تمنحها للقاضي ، وأنها تؤدى إلى تغاير الحلول بشأن الحالات المتماثلة مما يؤدى إلى عدم الاستقرار . إلا أن ذلك القول غير صحيح ، فالقاضي أثبت من الناحية العملية التطبيق الدقيق لتلك القواعد والبعد عن الشبهات . فضلاً عن أن الدور الرقابي لمحكمة النقض يلعب دوراً هامًا في ضبط الحلول وتوحيد المعايير المطبقة في هذا الشأن .

(د) الحاجة إلى النوعين من الصياغة :

الواقع أن القانون الوضعي في حاجة إلى النوعين من الصياغة في نفس الوقت . فالأصل أن تكون القواعد القانونية منضبطة ومحددة ، إلا أنه توجد حالات كثيرة لابد وأن تصاغ فيها القواعد بصورة مرنة تتجاوب مع الظروف المتغيرة وما قد يستجد من وقائع .

فالمشرع قد يفضل هجر القاعدة الجامدة والأخذ بالمعيار المرن ، فمثلاً قد يحدد المشرع الغبن فى المعاملات بنسبة معينة من قيمة الشئ محل التعامل ، كالخمس فى حالة بيع عقار ناقص الأهلية. وقد يهجر المشرع هذه القاعدة الجامدة ويأخذ بالمعيار المرن ، مثل عدم التعادل البتة بين التزامات كل من الطرفين ، تاركاً للقاضى تقدير كل حالة على حدة ، حتى تتلائم القاعدة القانونية مع تباين الحالات الواقعية ، كما هو الحال فى نظرية الاستغلال .

إن هناك صعوبة فى حصر وقائع الحياة لأنها متباينة الجوانب ، متشعبة النواحى ، متجددة المظاهر ، بينما التشريع موحد الصياغة نموذجى القالب ، حبيس النصوص ، ويعبر الفقه الاسلامى عن ذلك بالقول بأنه « وبالجملة نعلم قطعًا ويقينًا أن الحوادث والوقائع فى العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد ، ونعلم قطعاً أيضاً انه لم يرد فى كل حادثة نص ولا يتصور ذلك أيضًا ، والنصوص إذا كانت متناهية والوقائع غير متناهية ، وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى ، علم قطعاً إن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد ».

ويجب بقدر الامكان أن تجابه القواعد فى صياغتها كافة الفروض والظروف وكذلك ما يجد من تطورات واحتمالات . لذلك لعل الأسلوب الأمثل عند تحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية يكون من خلال التباين بين المثال والحصر :

١- ذكر حالات انطباق القاعدة القانونية على سبيل المثال ، مع افساح المجال أمام القاضى للقياس ، كى تشمل القاعدة ما يطرأ من أحداث ووقائع .

يجيز القانون المدنى للواهب الرجوع فى الهبة متى كان

يستند فى ذلك إلى عذر مقبول ، ثم يذكر المشرع أمثلة للعذر المقبول . فيقول «يعتبر بنوع خاص عذراً مقبولاً فى الهبة أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب بحيث يكون هذا الاخلال جحوداً كبيراً من جانبه ، أو يصبح الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية ، أو يرزق بعد الهبة ولداً يظل حياً إلى وقت الرجوع(١) . ويتضح من عبارة « بنوع خاص » إن حالات الرجوع قد وردت على سبيل المثال ، ومن ثم يجوز القياس عليها فى حالات أخرى لم يرد ذكرها فى النص ، كعدم وفاء الموهوب له بالالتزامات أو التكاليف التى تفرضها عليه الهبة ، أو عدم تقديم العوض الذى التزم بتقديمه مقابلاً للهبة .

٢- وقد يرى المشرع تحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية بصورة دقيقة محددة ، على نحو لا يترك للقاضى الحرية فى القياس ، وذلك حرصاً على استقرار المعاملات ، وصوناً لمختلف الحريات . ويبدو ذلك بصفة خاصة فى مجال قانون العقوبات ، حيث يترتب على القياس تجريم أفعال لا ينص عليها القانون ، الأمر الذى يتعارض مع مبدأ الشرعية . وعلى هذا لا يستطيع القاضى ، مثلاً ، قياس فعل الاستيلاء على المنفعة ، على فعل الاختلاس ، ويعتبر من يحصل دون حق على منفعة شئ مملوك لغيره سارقاً .

المطلب الثالث

طرق الصياغة القانونية

يقصد بطرق الصياغة المادية للقانون استخدام الأدوات

---

(١) م ٥٠٠ ، ٥٠١ مدنى

التى تعبر عن جوهر القاعدة القانونية تعبيراً مادياً مجسماً فى مظهر خارجى ملموس يمكن تبينه بسهولة . ومن هذه الطرق : احلال الكم محل الكيف ، والشكل .

(أ) احلال الكم محل الكيف :

يقصد باحلال الكم محل الكيف التعبير عن المعنى الذى تتضمنه القاعدة القانونية بصياغة كمية أو رقمية . فهنا يتم تحديد الفكرة أو المضمون (كيف) تحديد ثابتاً ، لا مجال فيه للتأويل أو الخلاف والتحكم ، من خلال رقم معين ، مما يجعل تطبيقها آلياً ويسيراً من الناحية العملية .

ولعل المثال الواضح على ذلك هو تحديد أهلية مباشرة الحقوق المدنية بسن معينة .فجوهر القاعدة القانونية فى هذا الفرض هو أن الشخص تكتمل أهليته إذا اكتمل تمييزه ورجح عقله (كيف) . ويتم التعبير عن ذلك الجوهر بصياغة كمية معينة (كم) هى تحديد سن الرشد برقم معين (٢١ سنة فى مصر ، ١٨ سنة فى لبنان) .

وتتميز هذه الطريقة بالاستقرار والانضباط وسهولة التطبيق ، لأن الوقوف على تمام التمييز ورجحان العقل ليس له معيار محدد ويثير الاختلاف بسبب تفاوت الأفراد فى ذلك وصعوبة قيام القاضى بهذا الدور ، مما يدفع المشرع إلى صياغة هذه الفكرة فى صورة رقمية ثابتة وهى أختيار سن معينة يعتبر الفرد فيها مكتمل الأهلية .

ومن أمثلة الصياغة الكمية للقاعدة القانونية تحديد العقوبات بمدة معينة أو بغرامة تتمثل فى دفع مبلغ محدد من المال ، وكذلك تحديد أنصبة الورثة بنسب معينة . وتحديد مدى الحق فى الوصية بثلث التركة ، وتحديد مدة التقادم المسقط أو المكسب بمدة معينة (١٥ سنة أو عشر سنوات أو خمسة أو سنة) .

(ب) الشكليات :

يقصد بالشكل المظهر الخارجى الذى قد يتطلبه القانون بالنسبة للتصرفات التى يبرمها الأفراد حتى ترتب اثارها القانونية . فالشكل عنصر خارجى يضاف إلى العنصر الداخلى ليؤكد وجوده ويضمن مفعوله وترتيب آثاره . ويقصد بالشكل أما التنبيه إلى خطورة وأهمية التصرف ، وإما تيسير اثباته ، وإما الاحتجاج به على الغير .

١- إن الشكل الذى يقصد منه التنبيه إلى خطورة التصرف هو الرسمية ، أى ابرام التصرف أمام موظف رسمى فى كتابة رسمية طبقاً للأوضاع القانونية المقررة ، ويكون التصرف باطلاً إذا لم يتم ابرامه بالشكل الرسمى المطلوب . فالرسمية لازمة لانعقاد التصرف لا لمجرد اثباته .

فالقاعدة العامة هى الرضائية فى ابرام التصرفات القانونية ، أى الاكتفاء بتراضى الأطراف على انعقاده ، إلا أن القانون لا يكتفى بذلك بالنسبة لبعض التصرفات نظراً لخطورتها ، ويلزم أن يتم التعبير عن ذلك التراضى فى صورة رسمية لابراز أهمية التصرف . مثال ذلك اشتراط أن تكون هبة العقار بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة . والرهن الرسمى لا ينعقد إلا إذا تم بورقة رسمية . واشتراط اذن المحكمة بالنسبة لبعض التصرفات التى يجريها الوصى فى أموال القاصر .

٢- وقد يتطلب القانون الشكل لتيسير اثبات التصرف القانونى ومنعاً للمنازعات بشأنه . مثال ذلك اشتراط القانون الكتابة لاثبات التصرفات التى تزيد قيمتها عن مبلغ معين ، وما عدا ذلك يجوز اثباته بشهادة الشهود . فالتصرف يقوم ويكون صحيحاً بغير الكتابة ولكن لا يجوز اثباته إلا كتابة ، فالكتابة هنا شرط للاثبات وليس للانعقاد .

٣- وقد يشترط القانون الشكل لامكان الاحتجاج بالتصرف فى مواجهة الغير . فالتصرف ينعقد ويرتب آثاره بين الأطراف بمجرد انعقاده بالتراضى ، إلا أنه لا ينتج آثاره للغير (الأجنبى عن التصرف) إلا من خلال اتمام شكل معين . مثال ذلك النص على أن الشركة المدنية تعتبر شخصًا اعتباريًا بمجرد تكوينها ، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء اجراءات النشر التى يقررها القانون .

٤- وقد يتطلب القانون شكلاً معيناً لترتيب بعض الآثار القانونية على التصرف مثال ذلك أن كل التصرفات القانونية الواردة على العقار والتى من شأنها نقل ملكيته أو ترتيب حق عينى عليه كحق الرهن مثلاً ، لا تنتج أثرها بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير ، إلا بعد شهرها بالشهر العقارى ، فالتسجيل يعد شرطاً لنقل ملكية العقار أو ترتيب الحقوق العينية عليه .

المطلب الرابع
طرق الصياغة المعنوية

تتمثل الطرق المعنوية فى العمل الذهنى الذى يلجأ إليه المشرع لاخراج القاعدة القانونية اخراجاً عمليًا يحقق الغاية التى يفصح عنها جوهرها ، وأهم هذه الطرق هى : القرائن القانونية ، الحيل القانونية ، الطوائف والتقسيمات .

الفرع الأول
القرائن القانونية

القرينة القانونية هى افتراض قانونى يجعل من الشئ

المحتمل أمراً مؤكداً ، وذلك استناداً إلى ما هو مألوف فى الحياة والراجح فى العمل ، وفقاً لما يرجحه العقل . فالقرينة القانونية هى عمل ذهنى مؤداه تحويل الشك إلى يقين بطريقة تتفق مع الواقع والمألوف فى الحياة .

وتتمثل القرينة فى استخلاص أمر مجهول من أمر معلوم استناداً إلى أن تحقق الأمر الثانى يرتبط فى الغالب بوجود الأمر الأول ، أى أنه يتم استنباط واقعة من واقعة أخرى لأن ذلك هو الغالب فى العمل .

وإذا كان المجال الأصلى للقرائن هو مجال الاثبات ، فإنه يتم استخدامها كذلك فى مجال القواعد القانونية الموضوعية .

(أ) القرائن القانونية فى مجال الاثبات :

تلعب القرائن القانونية دوراً هاماً فى مجال الاثبات خاصة بالنسبة للأوضاع التى يصعب اثباتها بدليل مادى حاسم . يفترض القانون تحقق أمر معين متى تحققت أوضاع أخرى لأن ذلك هو الوضع الغالب والمألوف فى العمل .

مثال ذلك قرينة الزوجية على ثبوت نسب المولود من زوج الوالدة. فاثبات نسب الطفل إلى الأب أمر عسير حتى من الناحية العلمية ، إلا أنه طبقاً للغالب أن الزوجة تقتصر على معاشرة زوجها جنسيًا ومن ثم فهى لا تلد إلا منه ، وعلى هذا فإن المولود أثناء قيام الزواج يعتبر أنه ابن الزوج دون حاجة إلى اثبات .

ومثال ذلك أيضاً أن الوفاء بقسط من الأجرة يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة . فالمستأجر الذى يثبت انه قد وفى بقسط متأخر من الأجرة (شهر مايو مثلاً) تقوم

لصالحه قرينة الوفاء بالأقساط السابقة (الشهور من يناير حتى ابريل) ، وذلك لأن الغالب فى العمل أنه لا يتم الوفاء بالأقساط اللاحقة إلا بعد سداد الأقساط السابقة.

والقرائن السابقة بسيطة يمكن اثبات عكسها ، بمعنى أنها تعفى من تقررت لصالحه من اثبات الواقعة التى تقررها . إلا أنه لما كانت القرائن مبنية على الراجح والغالب فى العمل وليس اليقين المؤكد ، فإنه يجب فتح الباب لامكان اثبات عكسها أى اقامة الدليل على وجود أوضاع مخالفة للقاعدة العامة . فمثلاً يستطيع الأب أن يقيم الدليل على أن الابن المولود من زوجته ليس ابنه بشرط أن يكون الدليل مؤكداً . ونفس الحكم بالنسبة للمؤجر حيث يستطيع تقديم الدليل على أن الوفاء قد تم بالأقساط اللاحقة دون السابقة .

إلا أن هناك بعض القرائن القانونية القاطعة التى لا يجوز اثبات عكس ما تقضى به . مثال ذلك اعتبار الضرر الناجم عن تهدم البناء أو بسبب الآلات الميكانيكية قرينة على خطأ وتقصير حارس المبنى أو الآلة فى القيام بحراستها ، فالحارس يكون مسئولاً عن الضرر على أساس الخطأ المفترض فى الحراسة ، وقرينة الخطأ فى الحراسة تعتبر قاطعة لا يجوز للحارس أن يدفع مسئوليته باثبات عدم وقوع خطأ منه فى الحراسة ، لأن القانون يفترض خطأه بطريقة لا تقبل العكس .

(ب) القرائن القانونية فى مجال القواعد الموضوعية :

تلعب القرائن القانونية دوراً هاماً فى مجال القواعد الموضوعية ، حيث تكون الدافع إلى خلق القاعدة أو لتقرير حكمها ، وينتهى دورها بعد ذلك ويبقى الحكم قائماً على استقلال ولو اختفت مبرراته أو تخلفت دوافع نشأته فى بعض الحالات

مثال ذلك القاعدة الموضوعية التى تقرر كمال الأهلية عند بلوغ سن معينة . فهذه القاعدة قامت على قرينة مؤداها أن بلوغ هذه السن هو دليل النضج والكمال لدى الأفراد . وبمجرد وضع القاعدة ، ينتهى دور القرينة ، ويطبق حكمها على الجميع حتى ولو كانت هناك بعض الحالات الشاذة . كوجود بعض الأشخاص الذين يكتمل نضجهم قبل السن المحددة أو يتأخر هذا النضج لديهم .

مثال ذلك أيضاً القاعدة التى تقرر حجية الأمر المقضى ، فهذه قاعدة موضوعية قامت على قرينة مؤداها أن الحكم يعتبر عنوان الحقيقة فيما قضى به ، إلا أن هذه القرينة تختفى وتظل القاعدة قائمة ومطبقة على كل الأحكام حتى لو شذ بعضها وكان مخالفاً للحقيقة .

الفرع الثانى

الافتراض أو الحيل القانونية

يفترض القانون أحياناً بعض الأمور المخالفة للحقيقة بهدف التوصل إلى ترتيب أثر قانونى معين . فالحيل القانونية تقوم على أمر مخالف للواقع والحقيقة مخالفة صريحة . وذلك عكس القرينة القانونية التى تقوم على شئ غالب الاحتمال وتجعله يقينًا وصحيحاً ، فهى تقوم على افتراض يتفق مع الحقيقة . وكل من القرينة والحيلة يقوم على تصوير ذهنى للواقع بقصد الوصول إلى غايات عملية معينة. فكلاهما طرق معنوية لصياغة القاعدة القانونية . إلا أن الخلاف بينهما يكمن فى أن القرينة تجعل من الشئ المحتمل صحيحاً أما الحيلة فتجعل الشئ غير الصحيح صحيحاً .

ومن أمثلة الافتراض أو الحيل القانونية العقارات

بالتخصيص حيث يعتبر القانون بعض المنقولات من قبيل العقار توصلاً لترتيب آثار قانونية معينة . فالماشية والآلات الزراعية التى ترصد لخدمة الأرض تعتبر فى الأصل منقولات ، إلا أن القانون يخالف الواقع ويعتبرها عقارات بالتخصيص حتى تأخذ حكم العقار المخصصة لخدمته وتتبعه فى التصرفات .

وكذلك الحال بالنسبة للمنقول بحسب المآل ، فأنقاض المنزل التى تباع وهى قائمة تعتبر منقولات مع أنها فى الحقيقة عقار وقت البيع وذلك باعتبار المآل القريب الذى ستتحول إليه .

وينبغى فى النهاية التأكيد على أنه بالرغم من الفائدة التى تحققها الحيل القانونية والطرق المعنوية بصفة عامة فى صياغة القواعد القانونية ، إلا أنه ينبغى أن يظل الالتجاء إليها محدوداً فى أضيق نطاق لأنها تقوم على أساس مخالف للطبيعة والواقع ، ويجب عدم التوسع فى تفسير هذه القواعد القائمة على الافتراض الذى ينبغى أن يتحدد مداه بالغرض المقصود منه .

الفرع الثالث

الطوائف والتقسيمات

يقوم المشرع ، أحياناً ، بتوزيع وقائع الحياة المتعددة والمتشعبة على طوائف وتقسيمات ، وذلك رغبة منه فى تبسيط القانون وتيسير فهمه وتسهيل تطبيقه .

١- مثال الطوائف : يتولى المشرع تنظيم فئات معينة فقط من بين عدة حلول ممكنة ، يعترف بها دون سواها . مثال ذلك تنظيم أنواع معينة من الحقوق العينية ، مثل حق

الملكية ، وحق الارتفاق ، وحقوق الامتياز ، ولا يبيح للأفراد انشاء صور أخرى منها . وكذلك تجريم طوائف محددة من الأفعال يرى حظرها ويعاقب عليها دون غيرها .

٢- مثال التقسيمات : يقوم المشرع بتجميع الوقائع المختلفة ويتولى تقسيمها إلى أقسام ويعطي كل قسم منها قواعد متميزة تنطبق عليه دون غيره من الأقسام . مثال ذلك تقسيم الأموال إلى عقارات ومنقولات وما يترتب على ذلك من أن يخص المشرع العقارات بقواعد محددة لا تسرى على المنقولات .

ويتولى فقه القانون عملية التقسيم والترتيب لتسهيل عملية الشرح والتدريس والوصول إلى الوضوح والتنظيم . يقوم الفكر القانونى بتقسيم البناء القانونى إلى طوائف من الأفكار القانونية ، ويتولى بعد ذلك ، بالنسبة إلى هذه التقسيمات ، عملية التبويب والترتيب ، ثم التحليل والاستخلاص والتركيب . فالبيع ، مثلاً ، عقد ، والعقد تصرف قانونى ، والتصرف القانونى مشتق من الارادة وتعبير عنها . وبالنسبة للحق أو الالتزام قام الفقه ببناء نظرية متكاملة تتناول أنواع الحق أو الالتزام ومصادره وأوصافه وانتقاله وانقضائه والشخصية القانونية صاحبة الحق .

وهكذا يحقق الفقه مهمته الانشائية بالكشف عما إذا كانت القواعد القانونية تنبثق من نوع خاص أو تنتمى إلى صنف عام من التصورات ، ويمهد لتطبيق التشريع عن طريق القياس الفقهى ، ويوسع نطاق التشريع إلى الحالات العملية التى تندرج تحت صنف أو آخر من الأفكار . وتنحصر غاية ذلك النشاط فى البحث عن ارادة المشرع وعرض مضمون التشريع والكشف عن مبادئه .

ولكن ينبغى عدم المبالغة فى ذلك المنطق المجرد والأفكار القانونية وتقسيماتها النظرية بعيداً عن الواقع الملموس ، بل يجب متابعة الظروف الاجتماعية المصاحبة لنشأة القواعد القانونية وربطها بالعالم الخارجى وأرض الحياة وتطبيقاتها العملية .

المبحث السادس
انقضاء التشريع

نعرض للمقصود بانقضاء التشريع ، ثم نبين صور الغاء التشريع ، ثم نشير إلى أثاره .

المطلب الأول
المقصود بانقضاء التشريع

يزول التشريع من الحياة القانونية بعدة طرق : انقضاء مدة العمل به إذا كان تشريعاً مؤقتاً ، الابطال ، الالغاء .

(أ) انقضاء مدة العمل بالتشريع المؤقت :

يصدر التشريع للعمل به بصفة دائمة ، فالأصل أن التشريع لا يكون محدد المدة . ولكن المشرع يصدر ، فى بعض الأحيان ، تشريعات موقتة حيث يتم تحديد فترة معينة للعمل بالتشريع . فالتشريع المؤقت هو التشريع الصادر لمدة محددة أو لمواجهة ظروف عابرة . ومن ثم فإن التشريع يزول بحلول التاريخ المحدد لانقضائه . ويزول التشريع كذلك بانقضاء الحالة أو الظروف التى صدر لمواجهتها. مثال ذلك التشريعات التى تصدر لمواجهة حالة حرب أو أزمة معينة .

وأمام الطبيعة الاستثنائية للتشريع المؤقت فإن القضاء

يشترط أن يتم تحديد مدة العمل به بصوة صريحة ، فلا يكون التحديد ضمنياً مستفاداً من ظروف وضع التشريع وملابساته (١) .

ولقد صدرت بعض هذه التشريعات لمواجهة آثار العدوان على مدن قناة السويس عام ١٩٦٧ ، ومنها القانون ٢١ لسنة ١٩٦٨ الذى قرر وقف إجراءات التنفيذ والاجراءات المترتبة على التأخير فى سداد الأجرة المستحقة على الأماكن المؤجرة فى محافظات القناة لمدة ستة أشهر ومد العمل به إلى حين ازالة اثار العدوان . ومنا أيضًا القوانيّن الصادرة بفرض التسعير الجبرى على بعض السلع التموينية .

(ب) الغاء التشريع :

يقصد بالغاء التشريع وقف العمل به وتجريده من قوته الملزمة ، أى نسخ القاعدة القانونية وانهاء سريانها ومنع العمل بها ابتداء من هذا الانهاء (٢) . فالالغاء هو رفع حكم

---

(١) نقض جنائى ١٩٦٨/٦/١٧ س ١٩ ص ٧٠١ .

(٢) وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها : « إذا رأى الشارع الغاء القاعدة المقررة بقانون (رسوم التعريفة الجمركية) فإن ذلك لا يبرر الخروج عنها بالنسبة للوقائع السابقة على هذا الالغاء بل هو تأكيد بالتزام العمل بها فى النطاق المنصوص عليه بالتشريع السابق » . نقض ١٩٦٥/١٠/٢٦ س ١٦ ص٩١١ .

الغاء التشريع لا يكون إلا بتشريع لاحق ينص على هذا الالغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الوضع الذى سبق أن قرره قواعد ذلك التشريع وإذ كان القانون رقم ٣٢٥ لسنة ١٩٥٣ لم ينص على الغاء القاعدة الواردة بقرار مجلس الوزراء الصادر فى ١٩٥٣/٢/٢٥ بأن يخصم من أعانه الغلاء بما يعادل نصف علاوة الترقية أو العلاوة الدورية عند استحقاق أيهما ولم يشتمل القانون سالف الذكر على نص يتعارض مع أحكام القرار المذكور وإنما قصد إلى تنظيم جديد من حيث كيفية الخصم -

قانونى بحكم قانونى أخر متأخر عنه بما يترتب عليه وقف العمل بالتشريع الأول ورفع قوته الملزمة

ويتم الالغاء بتشريع لاحق ينص على الالغاء صراحة أو يدل عليه ضمناً (١) ، بأن يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده . ومن الجائز أن يتم الغاء التشريع أما عن طريق استبدال نصوص أخرى بنصوصه أو بالاقتصار على وقف مفعوله دون سن تشريع جديد ، بمعنى انه لا يلزم أن يشتمل النص الناسخ على بديل للحكم المنسوخ (٢) .

(جـ) ابطال التشريع :

رأينا أن الالغاء هو انهاء العمل بقانون صحيح قائم ونافذ ، ويؤدى إلى وقف تطبيق القاعدة القانونية بالنسبة للمستقبل ، دون أن يؤثر على صحة تطبيقها فى الماضى . أما الابطال فيرد على قاعدة أو تشريع غير صحيح واعتباره كأن لم يكن بأثر رجعى . فالابطال لايرد إلا على تشريع معيب فى

= لا من حيث مبدئه فجعل هذا الخصم يلحق العلاوة ذاتها راساً بمقدار النصف بدلاً من أن يلحق الخصم اعانة الغلاء بمقدار نصف العلاوة وذلك بالنسبة للعلاوات التى استحقت منذ نفاذه فإن قرار مجلس الوزراء سالف الذكر يبقى مطبقاً من حيث طريقته فى الخصم بالنسبة للعلاوات التى استحقت فى مدة سريانه . (الطعن ٢٥٥ لسنة ٣٢ق - جلسة ١٩٦٦/١٢/١٥ س ١٧ ص ١٩٢٣) .

(٢) وتقرر محكمة النقض : الأصل أن النصوص تسرى على جميع المسائل التى تتناولها فى لفظها أو فى فحواها وأن التشريع لا يجوز الغاؤه إلا بتشريع لاحق ينص على الالغاء صراحة أو يدل عليه ضمناً . نقض ١٩٧٢/٦/١ س ٢٣ ص ٦٢٣

(٣) نقض ١٩٧٥/١١/٥ س ٢٦ ص ١٠١١ ، ١٩٨٦/٦/٢٠ ، طعن ٣٢٤٨ س٥٢ .

تكوينه ، ويرتب زواله بأثر رجعى . فيعتبر التشريع بذلك كأن لم يكن

وابطال التشريع أمر غاية فى الخطورة ، لذا فإنه من النادر أن يتعرض تشريع للابطال ، إذ يسبب ذلك الكثير من المشاكل فى الحياة العملية ، نظراً لصعوبة محو التشريع بأثر رجعى وزوال الآثار التى ترتبت عليه فى الماضى . لهذا فإن الأثر الرجعى لبطلان التشريع لا يتم أعماله بصفة مطلقة بل يتقرر بالقدر الذى لا يضر بحقوق الأفراد ولا يزعزع المراكز القانونية التشريعية التى نشأت بالفعل أثناء سريان القانون الباطل . وزوال التشريع بالابطال اما أن يتم بصدور قاعدة قانونية جديدة تقرره وتنظم آثاره ، وأما أن تقرره المحاكم .

ولعل المثال الظاهر للبطلان هو حالة تشريعات السلطة الفعلية التى تصدر أثناء الغزو أو الاحتلال كما حدث بالنسبة للغزو العراقى للكويت . فقد أصدرت السلطة الفعلية أثناء احتلال الكويت بعض التشريعات التى اعتبرت باطلة بمجرد عودة النظام الدستورى السابق.

ومثال حالة ابطال التشريع ما يحدث فى تشريعات الضرورة التى تصدرها السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية فى حالة غيابها . إذ ينبغى عرض هذه التشريعات على مجلس الشعب بعد عودته . فإذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون . وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون إلا إذا رأى المجلس أعتماد آثارها فى الفترة السابقة وتسوية ما ترتب على اثارها بوجه آخر (١) .

---

(١) م ١٤٧ من الدستور .

(د) سلطة الغاء التشريع :

القاعدة أن السلطة التى سنت التشريع هى التى تملك الغاءه . فالغاء التشريع هو فى ذاته عمل تشريعى يصدر عن ذات السلطة التى أنشأت التشريع الملغى أو يصدر عن سلطة أعلى منها . فالتشريع لا يلغيه إلا تشريع من نفس درجته أو تشريع أعلى . أى أن النص لا يلغيه إلا نص فى قوته أو أقوى منه .

فالتشريع الأساسى (الدستور) ، لا يمكن الغاءه كلياً أو جزئيًا إلا بتشريع أساسى يصدر طبقًا للاجراءات التى يقررها الدستور . والتشريع العادى لا يلغى إلا بتشريع عادى أو تشريع أساسى . والتشريع الفرعى (اللوائح) والقرارات تلغيها السلطة التى وضعتها بلوائح وقرارات مثلها ، ويمكن الغاءها كذلك بتشريع عادى أو أساسى. والتشريع الفرعى لا يمكنه الغاء تشريع عادى أو أساسى . وليس للتشريع العادى أن يلغى التشريع الأساسى . فلا يجوز لسلطة أدنى فى مدارج التشريع أن تلغى قاعدة قانونية وضعتها سلطة أعلى (١) .

---

(١) وتقرر محكمة النقض بان التشريع لا يلغى إلا بتشريع لاحق مماثل او اقوى منه . فلا يجوز لسلطة ادنى فى مدارج التشريع ان تلغى او تعدل قاعدة تنظيمية وضعتها سلطة اعلى او تضيف إليها احكاماً جديدة إلا بتفويض خاص من هذه السلطة العليا او من القانون . نقض ٢٥/٥/١٩٦٧ س ١٨ ص ١١٢١ - ١٨/٥/١٩٧٢ س٢٣ ص ٩٧١ .

من المقرر انه لا يجوز لسلطة ادنى فى مدارج التشريع أن تلغى أو تعدل قاعدة تنظيمية وضعتها سلطة اعلى او ان تضيف إليها لحكاماً جديدة إلا بتفويض خاص من هذه السلطة العليا لو من القانون . فإنا كان القرار الوزارى رقم ٥١ سنة ١٩٤٧ الذى نص على قيام المصارف باجراء التحويلات دون الرجوع إلى اللجنة العليا لمراقبة النقد قد خول اللجنة العليا سلطة وضع واصدار =

وينبغي ملاحظة أن التشريع الذى يصلح كأداة للالغاء هو التشريع الصحيح الذى صدر مستوفياً شرائطه الموضوعية والشكلية ، أما التشريع الباطل فلا يرتب أى أثر ولا يؤدى إلى الغاء أى قاعدة تشريعية قائمة .

ويجب مراعاة صلة التشريع بصفة عامة بالمصادر التالية له فى المرتبة . فالتشريع هو المصدر الرسمى الأول للقانون . ومن ثم فإنه لا يتم الغاءه إلا عن طريق تشريع جديد من نفس القوة أو أقوى منه . .أما العرف فهو أدنى مرتبة من التشريع ، لهذا فإن التشريع لا يلغيه العرف ، ولا يجور نسخ النص التشريعي بمقتضى عرف لاحق .

ويترتب على ذلك أن اهمال التشريع وعدم استعماله مدة طويلة لا يؤدى إلى الغائه . فعدم تطبيق التشريع مدة طويلة

- التعليمات التى يقتضيها حسن سير الأعمال فيها يتعلق بعمليات النقد الأجنبى وكان قرار اللجنة العليا بوجوب رجوع المصارف إلى مراقبة النقد فى حالة فتح اعتمادات أو اجراء مدفوعات بالدولارات الأمريكية أو بالاسترليني ، ليس من قبيل القواعد اللازمة لضمان حسن سير الأعمال فإن قرارى اللجة العليا ومراقبة النقد بايجاب رجوع المصارف إلى مراقبة النقد فى هذه الحالة يكونان مشوبين بعيب عدم الاختصاص . (الطعن ٤٧٦ لسنة ٢٦ق - جلسة ١٩٦٢/٥/٣١ س ١٣ ص ٧٣٤) .

الأصل ان اللائحة لا تعدل تتشريعًا إذ هى فى مرتبة ادنى منه ومن ثم فإن المادة ٥٠ من اللائحة المالية للميزانية والحسابات التى تنص بان المرتبات التى لم يطالب بها فى مدة خمس سنوات تصبح حقاً مكتسباً للحكومة ، لا يمكن ان تعدل من احكام القانون المدنى فى التقادم المسقط او تجعله متعلقاً بالنظام العام، فضلاً عن ان تلك اللائحة لا تعدو ان تكون مجموعة مواد اشير فى بعضها إلى مصدرها من قانون او قرار وزارى بينما جاء البعض الآخر - ومنها المادة ٥٠ - عاطلة عن هذا المصدر وبالتالى فإن المادة ٥ سالفة الذكر تفتقد عناصر قوتها الملزمة ولا تنزل منزلة التشريع (الطعن ٢٥ لسنة ٢٧ق - جلسة ١٩٦٢/١١/٢٩ س١٣ ص ٧٨ ١)

قد يكون بمثابة عرف سلبى بعدم الاستعمال ، والعرف لا يملك الغاء التشريع لأنه أعلى مرتبة من العرف .

ويعبر القضاء عن ذلك بقوله : حيث أن قانون المطبوعات قد سقط بتعمد الحكومة عدم تنفيذه مدة طويلة مع وجود أحوال كثيرة تدعو إلى تنفيذه ، هو قول غير مقبول لأن القانون لا يلغى صراحة أو ضمناً إلا بقانون مثله . ولا يلغى القانون لعدم العمل به مهما طالت المدة ، بل ولا بالعمل على نقيضه ، لأن الحكومة مكلفة بتنفيذ القوانين فلا يمكن أن يكون بيدها الغاءها وهى لم تصدر منها ، بل أن السلطة التشريعية التى أصدرت القانون هى وحدها التى تملك الغاءه . ولا يمكن التسليم نظامًا بأن السلطة التشريعية تصدر القانون ثم تأتى السلطة التنفيذية وتمتنع عن تنفيذه فيؤدى ذلك إلى بطلانه ، لأن ذلك معناه اشتراك السلطة التنفيذية فى التشريع وهو ما يتنافى مع مبدأ الفصل بين السلطات .

المطلب الثانى
صور إلغاء التشريع

تقضى المادة الثانية من القانون المدنى المصرى بأنه « لا يجوز الغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على الالغاء ، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع » (١) .

---

(١) نقض ١٥/١٢/١٩٦٦ س ١٧ ص ١٩٢٣ .

يتضح من ذلك النص أن الالغاء قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً .

الفرع الأول

الالغاء الصريح

الالغاء الصريح هو أن يفصح التشريع الجديد بوضوح عن نسخ تشريع معين قائم ، أى صدور قاعدة تشريعية ينص فيها صراحة على الالغاء . وقد يرد النص على الغاء القانون السابق فى آخر مادة فى القانون الجديد . وقد يضع المشرع نصوص الالغاء فى ما يسمى بقانون الاصدار الذى يسبق نصوص التشريع الجديد (١) .

ولا يشترط أن يشتمل النص الناسخ على بديل للحكم المنسوخ ، بل قد يقتصر الأمر على الغاء الحكم القائم فيعود الحال إلى ما كان عليه الأمر قبل الحكم الملغى .

الفرع الثانى

الالغاء الضمنى

الالغاء الضمنى لا يكون بنص صريح ، فالمشرع لا يعرب عن ارادته بالغاء التشريع القائم ، ولكن هذا الالغاء يستنبط من صدور تشريع حديث متضمناً احكامًا متعارضة مع أحكام تشريع سابق . يوجد نصان أحدهما سابق والآخر لاحق يستحيل الجمع بينهما فى آن واحد ، ذلك أن النص

---

(١) مثال ذلك قانون التأمين الاجتماعى رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ حيث تتضمن المادة الثانية من قانون اصداره التشريعات التى الغيت بناء على صدوره.

الجديد يتضمن حكماً يتضارب مع حكم النص القديم فيعتبر الحكم الجديد ناسخاً ضمناً للحكم القديم لاستحالة أعمال الحكمين المتعارضين فى وقت واحد .

فالقاعدة أن التشريع الحديث ينسخ التشريع السابق فيما يقع بينهما من تعارض . ذلك أن ارادة المشرع تكون واضحة فى الغاء القاعدة القانونية السابقة عن طريق القاعدة الجديدة . أن وضع المشرع حكماً معارضاً لحكم شرعه من قبل ولا يمكن الجمع بينهما هو عدول منه عن حكمه السابق دون حاجة إلى التصريح بذلك .

لهذا يشترط للقول بالالغاء الضمنى أن يتوارد النصان القديم والجديد على محل واحد يستحيل معه أعمالهما (١) . ذلك أن التعارض الذى يستتبع الغاء نص تشريعى بنص فى تشريع لاحق لا يكون إلا إذا ورد النصان على محل واحد يكون من المحال أعمالهما فيه معاً . أما إذا اختلف المحل فإنه يتعين العمل بكل قانون فى محله بصرف النظر عما بينهما من مغايرة طالما أن لكل منهما مجاله الخاص فى التطبيق(٢). فإذا كان فى الامكان تحديد نطاق منفصل لاعمال

---

(١) لا محل للاحتجاج بأن النص الأول - الوارد فى القانون القديم - قد أُلغى ضمناً بالنص الثانى - الوارد فى القانون الجديد - لأن هذا الالغاء لا يكون إلا إذا توارد النصان فى القانون الجديد وفى القانون القديم على محل واحد يستحيل معه إعمالهما فيه . (الطعن ٥ لسنة ٣٨ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٧٢/٣/٢٩ س ٢٣ ص ٥٦٤) .

(٢) مثال ذلك ما قضت به محكمة النقض: « والمقصود بالتعارض ، فى هذا الخصوص ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، أن يكون النصان واردين على محل واحد ويستحيل اعمالهما فيه معاً . وإذا كان نص المادة ١/١٧٧ من القانون المدنى قد نظم أحكام مسئولية حارس البناء عن الأضرار الناشئة عن تهدمه بسبب قدمه أو عيب فيه أو الاهمال فى صيانته ، وكانت نصوص -

حكم كل قانون فلا نوجد بصدد الغاء ضمنى (١) . ولا يمنع من ذلك ازدواج التشريع فى قانون البلد الواحد ، لأن الشارع هو الذى يقدر الحكمة من هذا الازدواج وليس للقاضى إلا أن يطبق التشريع على ما هو عليه (٢) .

- القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ التى خلت من النص صراحة على الغاء تلك المادة ، لم تتضمن تنظيماً لأحكام تلك المسئولية بل اقتصرت على تحديد الاجراءات والاحتياطات الواجب اتباعها فى شأن المنشآت الآيلة للسقوط أو تلك التى تحتاج إلى ترميم أو صيانة وطرق الطعن فى القرارات الصادرة بشأنها وهو ما لا يحول دون اعمال هذه القواعد وقاعدة مسئولية حارس البناء معاً كل فى مجاله الخاص فى التطبيق ، فإن نصوص القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ لا تكون ناسخة لنص المادة ١/١٧٧ من القانون المدنى . نقض ١٩٨٦/٢/٢٠ طعن ٢٣٤٨ س ٥٢ق .

(١) مثال ذلك ما قضت به محكمة النقض بأنه « وإذا كان القانون ٣٢٥ لسنة ١٩٥٣ لم ينص على الغاء القاعدة الواردة بقرار مجلس الوزراء الصادر فى ١٩٥٣/٢/٢٥ بأن يخصم من اعانة الغلاء بما يعادل نصف علاوة الترقية أو العلاوة الدورية عند استحقاق أيهما ولم يشتمل القانون سالف الذكر على نص يتعارض مع أحكام القرار المذكور وإنما قصد إلى تنظيم جديد من حيث كيفية الخصم لا من حيث مبدئه فجعل هذا الخصم يلحق العلاوة ذاتها رأساً، بمقدار النصف بدلاً من أن يلحق الخصم اعانة الغلاء بمقدار نصف العلاوة وذلك بالنسبة للعلاوات التى استحقت منذ نفاذه « فإن قرار مجلس الوزراء سالف الذكر يبقى مطبقًا من حيث طريقته فى الخصم بالنسبة للعلاوات التى استحقت فى مدة سريانه » نقض ١٩٦٤/٧/٧ س ١٥ ص ٤٨٢ .

(٢) نقض ١٩٦٦/٥/١٠ س ١٧ ص ١٠٥ وقد ورد فيه : « إذا كانت معاهدة بروكسل لا تنطبق فى صدد النقل البحرى الدولى إلا فى نطاق محدود ، فإنه يكون من شأن هذه المعاهدة أن تؤثر خارج هذا النطاق فى أحكام قانون التجارة البحرى السابقة عليها بما يعد نسخًا لها لأن التعارض الذى يستتبع الغاء نص تشريعى بنص فى تشريع لاحق لا يكون ، فى حكم المادة الثانية من القانون المدنى ، إلا إذا ورد النصان على محل واحد يكون من المحال أعمالهما فيه معاً ..» .

الفرع الثالث

صور الالغاء الضمنى

يأخذ الالغاء الضمنى للقانون عدة صور تتمثل فى :

(أ) تنظيم نفس الموضوع من جديد :

إذا صدر قانون جديد ينظم موضوعاً سبق أن نظمه قانون سابق فإن ذلك يعنى الغاء التشريع السابق ويحل محله التشريع الجديد حتى ولو لم ينص هذا التشريع على ذلك (١). فالالغاء يعد أمراً طبيعياً لأن التنظيم الجديد يقطع بالغاء التنظيم القديم ، إذ يستحيل أن يتم تنظيم نفس الموضوع بأكثر من تشريع . ومن الملاحظ عملاً أنه يندر أن يعيد المشرع تنظيم الموضوع دون أن ينص فى التشريع الجديد صراحة على الغاء التشريع السابق .

فالنسخ يكون ضمنياً إذا صدر تشريع جديد ينظم تنظيماً كاملاً وضعاً من الأوضاع أفرد له تشريع سابق . وفى هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخًا جملة وتفصيلاً ،

---

(١) ويشترط وحدة مجال تطبيق القانونين بطبيعة الحال ، أما إذا اختلف مجال اعمال كلاً منهما فإن التعارض لا يقوم ولا يتم الالغاء الضمنى . وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن مجال تطبيق الأمر العسكرى رقم ٤٦٩ يختلف عن مجال تطبيق القانون رقم ٣١٧ سنة ١٩٥٢ ذلك أن هذا الأمر تنطبق أحكامه فى الحدود المبينة به على جميع العمال فى مديرتى قنا وأسوان دون التقيد بما إذا كانت مناطق العمل بعيدة عن العمران والتى حددها وزير الشئون الاجتماعية ومن ثم فلا محل للقول بأن القانون ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ قد نظم من جديد ما سبق أن نظمه الأمر العسكرى ٤٦٩ ولا يكون بالتالى ثمة محل للتحدى بنص المادة الثانية من القانون المدنى فيما نصت عليه من أن يلغى التشريع السابق إذا صدر تشريع لاحق ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع » . نقض ١٩٥٩/٥/١٧ س ١٠ ص ٨٢٠ .

حيث يفهم ضمناً من اعادة تنظيم نفس الموضوع كلية بواسطة التشريع اتجاه ارادة المشرع إلى احلال التنظيم الجديد محل التنظيم السابق .

ويعتبر التشريع السابق منسوخاً جملة وتفصيلاً سواء تحقق التعارض الكامل بينه وبين التشريع الجديد أو اختفى التعارض بين بعض النصوص فى التشريعين . لهذا فإن التشريع اللاحق يلغى التشريع السابق فى كل نصوصه بما فى ذلك النصوص التى لم يقع فيها تعارض بين التشريعين . فالتعارض بين التشريعين لا يتعلق بمسألة تفصيلية وإنما يتعلق بالمبدأ الذى أسس عليه التشريع السابق ، لهذا فإن الالغاء يجب أن يشمل أحكام هذا التشريع جميعاً (١) .

(ب) التعارض الجزئى :

يتحقق التعارض الجزئى إذا كان التشريع الجديد يتضمن أحكاماً تتعارض مع بعض أحكام التشريع القديم دون أن يعيد التشريع الحديث تنظيم نفس الموضوع الذى ينظمه التشريع القديم .

فى هذه الحالة تصبح أحكام التشريع القديم ملغاة فى النطاق الذى تتعارض فيه مع أحكام التشريع الجديد ، أى أن الالغاء يتم جزئياً فى حدود التعارض بين التشريعين . وتظل قائمة دون الغاء أحكام القانون القديم التى لم تعارضها أحكام القانون الجديد (٢) .

وهنا يكمن الفارق بين هذه الحالة والفرض السابق. ففى

---

(١) نقض ١٩٧٧/١١/٣٠ س ٢٨ ص ١٠١٢ .

هذه الحالة لا يتم الغاء التشريع القديم برمته لأن التعارض يحدث بين أحكام تفصيلية . لهذا فإن الالغاء يكون فى حدود رفع التعارض فقط . أما الفرص السابق فإن التعارض يتصل بأساس التشريع القديم أى بالمبدأ الذى أسس عليه ، لذا فإن النسخ يشمل كل أحكامه .

(جـ) التعارض بين حكم عام وحكم خاص :

أن التعارض الذى يؤدى إلى الالغاء الضمنى للتشريع هو التعارض القائم بين قواعد قانونية قديمة وأخرى حديثة ، ونظراً لاستحالة تطبيقهما معاً ، فيفهم ضمناً أن النص الأحدث قد نسخ وألغى الأقدم . ولا يتم الالغاء ، الضمنى ، فى هذه الحالة ، إلا فى نطاق التعارض بين التشريع القديم والتشريع الحديث . فإذا كان التعارض بينهما تاماً وكلياً ، اعتبر القانون القديم ملغيًا كله الغاء ضمنيًا بالقانون الحديث . أما إذا كان التعارض جزئياً أى واقعًا فى بعض

---

(١) استقر قضاء هذه المحكمة على أن ميعاد استئناف الحكم الصادر فى دعوى اشهار الافلاس الواجب التعويل عليه هو خمسة عشر يوماً من تاريخ اعلانه وفقاً لحكم المادة ٣٩٤ من قانون التجارة . وأن القواعد التى استحدثها قانون المرافعات فى هذا الخصوص لا تعتبر ناسخة لما نصت عليه القوانين الخاصة من اجراءات ومواعيد رأى المشرع أن يخص بها دعاوى معينة خروجًا على القواعد العامة التى نظمها قانون المرافعات . كما هو الحال فى دعوى اشهار الافلاس . (الطعن ١٤٨ لسنة ٣٩ق – جلسة ١٩٧٥/٥/٨ – س ٢٦ ص ٩٣٥).
إذ كان المقصود بالغاء التشريع نسخه مع رفع حكم قانونى بحكم قانونى آخر متأخر عنه بما يترتب عليه بطلان العمل بالتشريع الأول وتجريده من قوته الملزمة ، وكان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن يتم ذلك بتشريع لاحق ينص على الالغاء صراحة أو يدل عليه ضمناً ، بأن يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قررقواعده ، وكان من الجائز أن يتم الغاء التشريع إما عن طريق استبدال نصوص أخرى بنصوصه أو الاقتصار على ابطال مفعوله دون سن تشريع جديد ، بمعنى أنه =

الأحكام فقط ، فإن الالغاء الضمنى لايقع إلا فى حدود التعارض

- لا يلزم ان يشتمل النص الناسخ على بديل للحكم المنسوخ ، وكان ما تقضى به الفقرة الأولى من المادة ٨٨١ من قانون المرافعات بموجب القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ - قبل وبعد تعديلها بالقانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥ - من أن ميعاد الطعن بالنقض فى مسائل الأحوال الشخصية ثمانية عشر يوماً قد صار الغاؤه صراحة بموجب المادة الأولى من مواد اصدار القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ فى شأن حالات واجراءات الطعن أمام النقض ، وقررت المادة ٢٩ منه ازالة التفرقة - فى ميعاد الطعن واجراءاته - بين المسائل المدنية والتجارية ، وبين مواد الأحوال الشخصية ، وكان ما جرت به الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ من العودة إلى الأحكام المنظمة للطعن بطريق النقض التى كان معمولاً قبل صدور القانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥ الذى استحدث دوائر فحص الطعون ومن بينها حكم المادة ٨٨١ من قانون المرافعات قد صاحبه صور القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٧ الذى جعل ميعاد الطعن بالنقض فى كافة المواد المدنية ومسائل الأحوال الشخصية ستين يوماً منذ العمل بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ ، مما يدل على أن الفقرة الأولى من المادة ٨٨١ من قانون المرافعات قد ظلت منسوخة ضمناً لوجود تعارض بين نصين وردا على محل واحد . مما يستحيل معه اعمالها معاً فيعتبر النص الجديد ناسخاً للنص القديم وملغياً له . لما كان ذلك وكان بقاء المادة ٨٨١ من قانون المرافعات بمقتضى المادة الأولى من مواد اصدار قانون المرافعات القائم لا يستطيل إلى الفقرة الأولى منها لأنه لم يكن لها وجود عند صدوره وظلت هذه الفقرة منسوخة بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٧ على نحو ما سلف ، وبقى ميعاد الطعن بالنقض فى كافة المسائل ومن بينها مواد الأحوال الشخصية موحداً ، لما كان ما تقدم ، وكان الغاء القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ وتعديلاته بموجب قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ ليس من شأنه أن يبعث من جديد نص الفقرة الأولى من المادة ٨٨١ الملغاة طالما لم ينص المشرع صراحة على العودة إليها، وكان مفاد المادة ٨٦٨ من قانون المرافعات الواردة فى الكتاب الرابع الخاص بالاجراءات بمسائل الأحوال الشخصية والتى استبقاها قانون المرافعات الحالى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الطعن بطريق النقض تحكمه القواعد العامة فى قانون المرافعات فيما لا يتعارض مع النصوص الواردة بالكتاب الرابع ، وكانت المادة ١/٢٥٢ من قانون المرافعات تنص على أن ميعاد الطعن ستون يومًا فإن هذه المادة هى التى تحكم ميعاد الطعن بالنقض فى مسائل الأحوال الشخصية كما هو الحال فى سائر المواد المدنية والتجارية . (الطعن ١٧ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٩٧٥/١١/٥ س ٢٦ ص ١٣٧٩) .

بين القانون القديم والقانون الجديد ، أى يكون الالغاء جزئياً .

وينبغى ملاحظة أن التعارض الذى يؤدى إلى الالغاء الضمنى للتشريع هو ذلك الذى يقع بين أحكام ذات طبيعة واحدة من حيث تطبيقها ، أى تكون أحكاماً ذات صفة واحدة ، أى من نفس النوع ، أى تكون كلها ذات أحكام عامة أو خاصة . فإذا كان الحكم القديم عامًا وجب أن يكون الحكم الجديد عاماً . وإذ كان الحكم الجديد خاصًا وجب أن يكون الحكم القديم خاصًا . أما التعارض بين حكم عام وحكم خاص فلا يعنى وجود تناقض بينهما لذا فإنه لا يؤدى إلى الغاء أحدهما بواسطة الآخر .

يتضح من ذلك أنه إذا صدر قانونان متعاقبان فى الزمان ومتعارضان فى الأحكام وكان أحدهما عاماً والآخر خاصاً ، فإنه لا يحدث تناقض بينهما ويتم الغاء أحدهما بواسطة الآخر ، بل يمكن التوفيق بينهما بسهولة طبقًا للمبدأ القائل بأن الخاص يقيد العام ، سواء كان الحكم الخاص هو الحكم الجديد أو الحكم القديم (١) ، ويتضح ذلك فيما يلى :

١- فإذا كان التشريع القديم يتضمن حكماً عاماً ، وكان التشريع الجديد يتضمن حكماً خاصاً ، فإن الحكم الجديد الخاص يقيد فقط الحكم القديم العام ، ولا يلغيه . فالقانون الجديد لا يلغى من القانون القديم إلا ما جاء بتخصيصه فقط . لذلك يظل القانون القديم قائمًا كما هو ، فيما عدا الحالة الخاصة التى نص عليها القانون الجدد ويعتبر هذا القانون بمثابة استثناء على القانون القديم يحد من عموميته

---

(١) نقض ١٥/ ١/١٩٧٤ س ٢٥ ص ٩٧٨

وبعبارة أخرى فإن القاعدة الجديدة الخاصة تحد من نطاق تطبيق القاعدة القديمة العامة بحيث يمتنع تطبيقها في خصوص المسألة التي وضعت لها القاعدة الجديدة . أي أن الحكم الحديث الخاص يقيد الحكم القديم العام ولا يلغيه (١).

---

(١) من المقرر وفقاً لقواعد التفسير أن النص الخاص يقيد النص العام ويعتبر استثناء منه وأن النص اللاحق يلغى النص السابق إذا ما تعارض معه . إلا أن النص العام اللاحق لا يلغى نصاً خاصاً سابقاً عليه وإن تعارض معه . (الطعن ٧٤٣ س ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/١/١١ س ٣٤ ص ١٦٦) .

من المقرر قانوناً أنه مع قيام قانون خاص لا يرجع إلى أحكام القانون العام إلا فيما فات القانون الخاص من الأحكام ، ولا يجوز اهدار القانون الخاص لاعمال القانون العام فإن ذلك فيه منافاة صريحة للغرض الذي من أجله وضع القانون الخاص . (الطعن ٢ لسنة ١٢ق - جلسة ١٩٤٢/٦/١١) ، (الطعن ٧٩٧ لسنة ٤٢ق - جلسة ٧٨/١١/٢١ س ٢٩ ص ١٧١٨) .

لما كان المقرر قانونًا أنه مع قيام القانون الخاص لا يرجع إلى احكام القانون العام إلا فيما فات القانون الخاص من الأحكام ، ولا يجوز اهدار القانون الخاص بذريعة اعمال قاعدة عامة لما في ذلك من منافاة صريحة للغرض الذي من أجله وضع القانون الخاص .

مفاد نص المادة الأولى من مواد اصدار القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٧٣ بشأن الادارات القانونية بالمؤسسات العامة والهيئات العامة والوحدات التابعة لها والمادة ٢٤ من ذات القانون إن ذلك القانون هو الأساس في تنظيم شئون مديري وأعضاء الادارات القانونية بالقطاع العام بحيث تطبق عليهم أحكامه سواء كانت أكثر أو أقل سخاء من تلك الواردة بالتشريعات السارية بشأن العاملين بالقطاع العام وأن الرجوع إلى أحكام تلك التشريعات لا يكون إلا فيما لم يرد به نص في هذا القانون ، ولما كان القانون رقم ٤٧ سنة ١٩٧٣ قد انتظمت نصوصه حكمًا في خصوص تحديد مرتبات شاغلي الوظائف الفنية بالادارات القانونية بأن نص في المادة (١١) منه على أن ... كما بين جدول المرتبات المرفق به ما تحدد لكل وظيفة منها من ربط مالي وعلاوة سنوية ، وكانت هذه النصوص واضحة جلية وهي بذلك قاطعة الدلالة على المراد منها فلا يجوز إلا عند غموض النص أو وجود لبس فيه مما يضطر القاضي في سبيل تعرف الحكم الصحيح إلى تقصي الغرض الذي رمى إليه النص والقصد الذي أملاه ، الأمر المنتفي من النصوص سالفة البيان ، فإن مؤدى ذلك أن مطالبة شاغلي هذه الوظائف بأن تطبق عليهم جداول المرتبات الملحقة بنظم العاملين بالقطاع العام تكون على غير سند من القانون . (الطعن ٦٦٤ لسنة ٥٠ق جلسة ٨٥/٤/٢١ س ٣٦ ص ٦٢٠) .

مثال ذلك : يتضمن القانون المدنى الأحكام العامة لعقد الايجار ، وأصدر المشرع تشريعات خاصة ببعض أنواع الايجار مثل ايجار الأماكن وايجار الأرض الزراعية . هنا يطبق التشريع الخاص فيما ورد بشأنه فقط ولا يؤدى ذلك إلى الغاء أحكام القانون المدنى بل تسرى هذه الأحكام فى غير مجال الأحكام الخاصة التى وردت بالنسبة للايجار الزراعى وايجار الأماكن (١) .

٢- أما إذا كان التشريع القديم يتضمن حكمًا خاصًا ، وكان التشريع الجديد يتضمن حكماً عاماً يتعارض معه . فان هذا التعارض لايؤدى إلى الغاء النص القديم الخاص ، وإنما يعمل بكل من النصين معاً (٢) . ومعنى ذلك أن الحكم القديم الخاص يظل قائماً وسارياً ، باعتباره استثناء على القاعدة العامة التى يتضمنها الحكم الجديد العام (٣) . فالحكم

(١) وتقرر محكمة النقض : « إذ كان التقنين المدنى يعتبر الشريعة العامة فإن أحكامه تسود سائر معاملات الناس على سبيل الدوام والاستقرار ، بحيث تعتبر النصوص المنظمة لعقد الايجار هى الواجبة التطبيق أصلاً ما لم تطرأ ظروف معينة يرى المشرع فيها ضرورة تعطيل بعض أحكامه أو احلال تشريعات خاصة بديلاً عنها ، وكانت التشريعات الخاصة بايجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر قد أملتها إعتبارات تتعلق بالنظام العام ، ومن ثم فهى تعتبر مقيدة لنصوص القانون المدنى التى تتعارض معها فلا يرجع إلى أحكام القانون العام إلا فيما فات القانون الخاص من الأحكام ، ولا يجوز اهدار القانون الخاص لأعمال القانون العام لأن فى ذلك من مجافاة صريحة للغرض الذى من أجله وضع القانون الخاص » . نقض ١٩٨٤/٤/٢٢ س ٣٥ ص ١٨٧٣ – ١٩٩٠/٢/٤ طعن ٨٣٢ س ٥٣ق .

(٢)ولا يسرى ذلك المبدأ بطبيعة الحال ، إلا بصدد الالغاء الضمنى ، أما فى مجال الالغاء الصريح فيمكن أن يلغى النص الجديد العام الحكم الخاص القديم .

(٣) مثال ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه وإن كان قد ورد فى نص المادة ٥/٤ من معاهدة سندات الشحن ، التى أصبحت نافذة المفعول فى مصر اعتباراً من ٢٩ مايو ١٩٤٤ ، تحديداً لالتزام الناقل أو السفينة بتعويض –

الجديد العام يظل مقيداً بالحكم القديم الخاص ولا يلغيه (١) . ذلك أن الحكم الخاص لا يُلغى ضمنياً إلا بحكم خاص مثله

= مقداره مائة جيه استرليني ، كما ورد فى نص المادة التاسعة منها على أنه يراد بالوحدات النقدية الواردة بها القيمة الذهبية ، إلا أنه ليس لما ورد بهذين البندين أثر ما على التشريع الخاص بشرط الذهب فى مصر ، وهو ما صدر به مرسوم ٢ اغسطس سنة ١٩١٤ ، ثم المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ ، وقد نص فى هذا الأخير على بطلان شرط الذهب فى العقود التى يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية . ولما كان هذا القانون معتبراً تشريعاً خاصاً متعلقاً بالنظم النقدية والعملة وهى من النظام العام . فإنه لا يمكن القول بأنه بانضمام مصر إلى معاهدة بروكسل وانفاذها بمرسوم سنة ١٩٤٤ من شأنه التأثير فى هذا التشريع الخاص بما يعد الغاء له .. « نقض ١٩٦٠/١٢/١١س ١١ ص ١٢٦ .

(١) ولقد أعملت محكمة النقض هذا المبدأ فقضت بأنه إذا كان التقنين المدنى يعتبر الشريعة العامة فتسود سائر معاملات الناس على سبيل الدوام والاستقرار ، بحيث تعتبر النصوص المنظمة لعقد الايجار هى الواجبة التطبيق أصلاً ما لم تطرأ ظروف معينة يرى الشارع معها ضرورة تعطيل بعض أحكامه واحلال تشريعات خاصة بديلاً عنها ، وكان القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٧ بشأن ايجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين تشريعاً خاصاً فى طبيعته ونطاقه إذ خرج به المشرع عن الأحكام العامة لعقد الايجار ووضع له أحكاماً خاصة ، فرض بمقتضاها التزامات معينة على كل من المؤجر والمستأجر قصد بها الحد من حرية المؤجر فى تجديد الأجرة وفى طلب الاخلاء وقصر تطبيقه على الأماكن المشار إليها فيه ، وكان القانون الخاص لا يلغيه إلا قانون خاص مثله ولا ينسخ بقانون عام ما لم يكن التشريع الجديد الذى أورد الحكم العام قد أشار بعبارة صريحة إلى الحالة التى كان يحكمها القانون الخاص وجاءت عبارته قاطعة فى سريان حكمه فى جميع الأحوال ، فان القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ يظل نافذاً أو قائماً حتى بعد صدور القانون المدنى . ولا يسوغ القول بأن القانون المدنى قد نظم أحكام عقد الايجار من جديد فيعتبر وفقاً للمادة الثانية من القانون المدنى ملغياً لكل ما سبقه من قوانين متعلقة بعقد الايجار وبالعلاقة بين المؤجر وبين المستأجرين . فالقانون المدنى الجديد قد حل محل القانون المدنى القديم فقط دون أن يستطيل إلى ابطال القوانين الخاصة ومن بينها القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ إذ لكل من القانونين مجاله . نقض ١٩٧٨/٦/٧ س ٢٩ ص ١٤٢٧ .

متعارض معه (١) .

مثال ذلك الحكم العام الذى يتضمنه القانون المدنى المصرى الصادر سنة ١٩٤٩ ، القاضى بأنه تسرى على الميراث والوصية أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين المستمدة منها والصادرة فى هذا الشأن (م٧٨٥ ، ٩١٥) . هذا الحكم العام الجديد لا يلغى الحكم الخاص القديم بالقانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ الذى يجيز لورثة غير المسلم الاتفاق على أن يتم التوريث طبقًا لشريعة المتوفى . يظل هذا الحكم الخاص قائماً وسارياً كاستثناء من القاعدة العامة التى يقرها القانون المدنى الجديد الا وهى تطبيق الشريعة الاسلامية .

المطلب الثالث

اثار الغاء التشريع

يترتب على الغاء القانون انهاء حياته بالنسة للمستقبل

---

(١) مثال ذلك ما قضت به محكمة النقض : « إن ما اجازته المادة ٢٢١ من قانون المرافعات من استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى بسبب وقوع بطلان فى الحكم او بطلان فى الاجراءات أثر فى الحكم ، لا يعتبر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - استثناء من حكم المادة ٤/١٥ من القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ التى تقضى بأن الأحكام الصادرة فى المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون لا تكون قابلة لأى طعن ، ذلك ان القانون سالف الذكر ، هو تشريع خاص تضمنت نصوصه قواعد تعتبر استثناء من أحكام قانون المرافعات ولا سبيل إلى الغاء احكامه إلا بتشريع ينص على هذا الالغاء ، ولا يستفاد هذا الالغاء ، من نص المادة ٢٢١ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ من الغاء كل نص أخر يخالف احكامه ذلك أن هذا النص هو نص عام لا يقرر سوى مبدأ الالغاء الضمنى ولا ينصرف إلى الغاء النص الوارد فى قانون خاص وإذ قضى الحكم المطعون فيه بعدم جواز الاستئناف ورغم ما تمسك به الطاعن من بطلان الحكم الابتدائى فإنه يكون قد التزم صحيح القانون . نقض ٢٠/٥/١٩٧٥ س ٢٦ ص ١٠١١

دون مساس بمظاهر تطبيقه التى تمت فى الماضى . يتوقف العمل بالقانون بمجرد الغائه . ويظل سريان القانون الملغى على الوقائع التى تمت فى ظله قائماً . وقد يكتفى بالغاء القانون القائم دون سن تشريع جديد فيعود الحال إلى ما كان عليه قبل التشريع الملغى .

وقد يتم استبدال القانون الملغى بقانون أخر يسرى ، كقاعدة عامة ، بأثر فورى منذ نفاذه ما لم ينص المشرع على أعماله بأثر رجعى ، ويطبق القاضى ، فى بعض الأحيان ، القانون القديم بعد الغائه على الوقائع ، التى حدثت ، فى ظله . كما هو الشأن بالنسبة إلى القوانين الجنائية التى تحدد الجرائم وتقرر العقوبات . إذ يتم العقاب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها وذلك ما لم تكن القوانين الجنائية الجديدة أصلح للمتهم فتسرى على الجرائم التى وقعت قبل نفاذها .

وسوف نعرض بمناسبة تطبيق القانون لمشكلة فض التنازع بين القوانين من حيث الزمان ، إلا أننا نكتفى فى هذا المقام بالمبدأ العام الذى أرسته محكمة النقض بقولها : « الأصل فى صدد سريان القانون من حيث الزمان أن الغاء قاعدة قانونية وحلول قاعدة قانونية أخرى محلها يترتب عليه - إذا تعلقت القاعدتان بأوضاع قانونية تكونت فى لحظة واحدة - أن تسرى القاعدة الجديدة بأثر فورى منفذ نفاذها ويقف فى ذات الوقت سريان القاعدة القديمة بغير تنازع بين القاعدتين . أما إذا كانت الأوضاع القانونية لا تتكون إلا خلال فترة زمنية متداخلة بين قاعدتين قانونيتين فإنه يتعين فى سبيل فض التنازع بينهما أن يمتنع تطبيق القاعدة القانونية

الجديدة بأثر رجعى يمس الوضع المتكون فى الماضى طبقاً للقاعدة القانونية القديمة كما يمتنع استمرار تطبيق القاعدة القانونية القديمة بأثر ممتد على الوضع الذى يكون قد تكون بعد الغائها وذلك كله ما لم يورد المشرع أحكاماً تقرر رجعية القاعدة القانونية الجديدة أو امتداد القاعدة القانونية القديمة أو تكون المسألة التى مسها التشريع تدخل فى عموم احدى مسائل القانون الخاص التى عنى المشرع بتنظيم التنازع الزمنى فى القوانين بشأنها فى المجموعة المدنية أو مجموعة قانون المرافعات (١) .

وإذا كانت تلك الاثار العامة لالغاء التشريع ، فإنه ينبغى ، بهذه المناسبة ، الاشارة إلى مشكلتين هامتين فيما يتعلق بأثر الغاء التشريع على كل من لوائحه التنفيذية والقوانين الأخرى فى حالة الاحالة .

الفرع الأول
أثر الغاء القانون على لوائحه التنفيذية

إن من مبادئ الغاء القانون أنه إذا تم الغاد تشريع معين دون أن يصدر تشريع جديد فى ذات الموضوع ، فإنه يترتب على هذا الالغاء نسخ كافة اللوائح التنفيذية التى صدرت تنفيذاً لهذا القانون دون حاجة إلى صدور قرارات خاصة بذلك .

أما إذا الغى قانون معين واستبدل به قانون آخر ينظم ذات الموضوع ، فالأصل هو الابقاء على اللوائح التنفيذية للقانون

---

(١) نقض ١٩٦٦/١١/٢٢ س ١٧ ص ١٥١٨ .

الملغى ما دامت لا تتعارض مع القانون الجديد إلا إذا نص هذا القانون على الغائها . بل أن المشرع كثيراً ما ينص على بقاء العمل باللائحة التنفيذية للقانون القديم إلى حين صدور لائحة جديدة (١) . وعلى أية حال فإنه ينبغى العمل بذلك المبدأ دون حاجة إلى نص .

وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها : إن الغاء نظام قانونى معين استبدل به نظام قانونى جديد وأن ترتب عليه نسخ القواعد القديمة حتى تلك التى لا تتعارض مع النظام القانونى الجديد إلا أن ما صدر من لوائح الادارة العامة تنفيذاً للقانون القديم وبالنسبة للنصوص الواردة فيها والتى تتوافق مع القانون الجديد فإنها تبقى نافذة المفعول إلى ما بعد صدور القاون الجديد ما لم ينص صراحةعلى الغاء مثل هذه اللوائح (٢) .

---

(١) مثال ذلك نص القانون ٣٤ لسنة ١٩٧٦ بشأن السجل التجارى على استمرار العمل بالقرارات الصادرة تنفيذاً للقانون الملغى رقم ٢١٩ لسنة ١٩٥٣ إلى أن تصدر اللائحة التنفيذية فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون (م٢٤) .

(٢) نقض ٣٠/١١/١٩٧٤ س ٢٥ ص ١٣٠١ – ٢٦/٤/١٩٧٣ س ٢٤ ص ٦٨٢ حيث قضى بأن القانون الجديد لبلدية الاسكندرية الصادر فى سنة ١٩٥٠ والذى الغى الأمر العالى الصادر فى سنة ١٨٩٠ لا يستتبع الغاء اللوائح السابق صدورها فى ظل الأمر الملغى ، ومنها القرار الصادر بفرض رسوم على محال الخمور ، إذ لم ينص فيه على الغاء ما يتوافق مع أحكام القانون الجديد . وإنما يبقى هذا القرار قائماً حتى صدور قرار جديد بتعديله أو الغائه ويكون النعى بعدم الدستورية غير جدى لأن الضرائب والرسوم المحلية لا يشترط فرضها بقانون وإنما يكفى أن تصدر بناءً على قانون .

الفرع الثانى

اثر الغاء القانون على القوانين الأخرى فى حالة الاحالة

يقوم المشرع ، أحياناً ، عند اصدار تشريع معين ، بالاحالة إلى نصوص موجودة فى قوانين أخرى من أجل تحديد شروط تطبيق وآثار واجراءات التشريع الجديد . ويحدث أن تلغى النصوص المحال إليها بعد صدور التشريع المحيل . ومن ثم يثور التساؤل لمعرفة تأثير الغاء التشريع المحال إليه على التشريع المحيل .

ينبغى للاجابة على هذا التساؤل التفرقة بين عدة فروض:

(أ) الاحالة المحددة :

وهى الاحالة إلى بيان معين فقط ، وتحدث حينما يحدد القانون نطاق بعض أحكامه بالاحالة إلى بيان محدد بعينه فى قانون آخر . تقرر محكمة النقض بأنه فى هذه الحالة يكون القانون المحيل قد ألحق هذا البيان ذاته ضمن أحكامه هو فيضحى جزءاً منه يسرى بسريانه دون توقف على سريان القانون الآخر الذى ورد به ذلك البيان أصلاً (١). معنى ذلك أن الغاء أو تعديل القانون المحال إليه لا يؤثر مطلقًا على القانون المحيل ولا يتأثر بأية تعديلات تطرأ على هذا البيان من خلال التشريع الذى يتضمنه .

وتطبق ذلك محكمة النقض فى مجال التأمين بقولها : ولما كانت المادة الخامسة من قانون التأمين الاجبارى على السيارات قد أحالت، بشأن تحديد المستفيدين من التأمين ،

---

(١) نقض ١٠/٦/١٩٨٤ س ٣٥ ص ١٩٨٢ .

إلى المادة السادسة من قانون المرور ١٩٥٥/٤٤٩ ، فإن المشرع يكون قد ألحق بحكم المادة الخامسة من قانون التأمين الاجبارى ذات البيان الوارد بالمادة السادسة من قانون المرور ، فلا يتأثر بقاء هذا البيان بالغاء القانون الأخير . وبالتالى يظل الوضع على ما كان عليه ، من أن التأمين على السيارة الخاصة يكون لصالح الغير دون الركاب ولباقى أنواع السيارات يكون لصالح الغير والركاب دون عمالها (١) .

(ب)الاحالة المطلقة :

وهى الاحالة إلى ما يبينه أو يقرره قانون أخر بصفة عامة . مؤدى ذلك أن القانون المحيل لم يعن بتضمين أحكامه أمراً محدداً فى خصوص ما أحال به وإنما ترك ذلك للقانون المحال إليه بما فى ذلك ما قد يطرأ عليه من تعديل أو تغيير (٢) . يترتب على ذلك أن القانون المحيل يتبع القانون المحال إليه سواء فى مجال تعديله أو تفسيره .

وإذا ألغى التشريع المحال إليه واستبدل بتشريع جديد فإن الاحالة تنتقل إلى النصوص الجديدة ، أى أنها تحل محل

---

(١)نقض ١٩٨٦/١/٢٨ طعن رقم ١٤٧٨ س ٥٢ق .

(٢) نقض ١٩٩١/١/٣١ (هيئة عامة) طعن رقم ٩٨١ س ٥٨ق .

القانون حينما يحدد بعض أحكامه بالاحالة إلى بيان محدد بعينه فى قانون أخر، فإنه بذلك يكون قد ألحق هذا البيان بذاته ضمن أحكامه هو فيضحى جزءاً منه يسرى بسريانه دون توقف على سريان القانون الآخر الذى ورد به ذلك البيان أصلاً . أما إذا كانت الاحالة مطلقة إلى ما يبينه أو يقرره قانون أخر ، فإن مؤدى ذلك أن القانون المحيل لم يعن بتضمين أحكامه أمراً محدداً فى خصوص ما أحال به وإنما ترك ذلك للقانون المحال إليه بما فى ذلك ما قد يطرأ عليه من تعديل أو تغيير . (الطعن ٣٢٣ لسنة ٤٩ق - جلسة ١٩٨٢/١١/٢٣ س ٣٣ ص ١٢٥)

النصوص القديمة فى مجال الاحالة وتصبح هى النصوص المحال إليها بالنسبة للقانون المحيل . أما إذا ألغى التشريع المحال إليه دون استبداله بتشريع جديد ، فإن التشريع الملغى يظل ، من حيث الأصل ، موجوداً وقائماً ، فى حدود هذه الاحالة فقط ، باعتباره جزءاً من التشريع المحيل الذى لم يتم الغاءه .

(جـ) الاحالة إلى مرفق أو جهة من جهات التقاضى :

قد يحيل القانون إلى قانون آخر ينظم مرفقاً أو خدمة أو محكمة ، ثم يتم الغاء القانون المحال إليه . إذا تم استبدال القانون الملغى بقانون آخر ينظم ذات المرفق فإن الاحالة تنتقل إلى النصوص الجديدة . أما إذا كان التشريع المحال إليه قد ألغى دون أن يحل محله أى تشريع جديد ، هنا يصبح القانون المحيل غير ممكن التطبيق ، إذ يتوقف أعماله على وجود هذه النظم التى تم الغاءها ويترتب على ذلك بالضرورة الغاء النص المحيل . مؤدى ذلك أنه إذا ترتب على الغاء النصوص المحال إليها استحالة تطبيق القانون المحيل فإنه لا مفر من القول بالغائه بطريق الانعكاس وهو ما يطلق عليه الالغاء بالارتداد .

ونظراً لخطورة مثل هذه النتائج وما قد تثيره من آثار غير مقصودة ، ينبغى على المشرع التبصر عند صياغة التشريع أو الغائه واجراء التنسيق اللازم فى هذا المقام .

الفصل الثانى

الديـــن

نقسم دراستنا فى هذا الفصل إلى أربعة مباحث . نعرض فى الأول لدور الدين فى النظم القانونية المعاصرة ، ثم نبين دور الدين فى القانون المصرى ، ثم نتناول مكانة الشريعة الاسلامية فيه .

المبحث الأول

دور الدين فى النظم القانونية المعاصرة

(أ) الدين والقانون فى المجتمعات الأولى :

الدين هو مجموعة المعتقدات والأحكام التى أوحى بها الله إلى أنبيائه ورسله منذ خلق آدم عليه السلام حتى خاتم الأنبياء سيدنا محمد صلوات الله عليه وتسليمه . والانسان بفطرته الطبيعية يميل إلى الاعتقاد فى وجود الله خالقه وخالق الكون ومدبره ، وتوجد لديه النزعة التلقائية نحو طاعته والامتثال لأوامره . أرسل الله سبحانه وتعالى رسله إلى خلقه لهدايتهم ومخاطبة تلك الفطرة التى فطرهم عليها الا وهى التوحيد . فأساس كل الديانات هو الوحدانية لله جل شأنه وعلاه والعمل بمقتضى ألوهيته من عبادة واتباع أحكامه التى فرضها لهداية الانسان فى دنياه تجاه خالقه وتجاه نفسه وغيره من الناس والمخلوقات .

تلك الفطرة السمحة كثيراً ما تعرضت لنكسات من الوثنية والشرك والالحاد على مر التاريخ والأزمان وذلك

بسبب حركات التضليل من قبل ذوى الأهواء والنزعات الدنيوية . ولعب هؤلاء دوراً هامًا فى محاولة استغلال الدين لفرض سيطرتهم وتحقيق مصالحهم ، فظهر ما يسمى برجال الدين أو الكهنة الذين صاغوا ما يشاءون من قواعد قانونية وفرضوا احترامها على الناس باسنادها إلى مصدرها الالهى . هيمن الكهنة على القانون باسم الدين واحتكروا العلم به للهيمنة على السلطة فى المجتمعات القديمة . وأدى ذلك إلى اساءة فهم الدين ومحاولة الخروج على تلك الأحكام التى فرضها الكهنة . بدأت السلطة المدنية فى الظهور والاستقلال عن رجال الدين. وبدأ القانون فى الاستقلال عن قواعد الدين . وحدث ذلك فى أكثر المجتمعات القديمة وبخاصة فى القانون المصرى القديم والقانون الرومانى فى عصوره القديمة .

(ب) أثر الدين فى قوانين البلاد الغربية :

هبطت الديانة المسيحية على نبى الله عيسى فى الشرق ثم انتشرت وامتدت إلى البلاد الأوروبية . وتركزت المسيحية فى العبودية لله الفرد الصمد والسمو بالأخلاق وانتشال الانسان من ظلام الدنيا بمادياتها إلى خلود الروح وطريق الهداية إلى الآخرة . تركت المسيحية شئون الدنيا ومعاملاتها وتم الفصل بين الدين والقانون ، ولم يتضمن الانجيل قواعد وأحكام لتنظيم المعاملات الدنيوية .

لعب رجال الكنيسة دوراً اساسيًا فى اعادة رسم معالم الدين المسيحى . حظيت الكنيسة بمكانة كبيرة من النفوذ والسلطان استطاعت بمقتضاها تنظيم نفسها تنظيماً كاملاً يغنيها عن الالتجاء إلى سلطات الدولة . وزادت قوة الكنيسة باعتناق أباطرة الرومان الديانة المسيحية والاعتراف بالسلطة

الكنسية التى وضعت ما يسمى بالقانون الكنسى الذى ينظم سائر أنواع العلاقات القانونية بما فى ذلك علاقات الأسرة . لم تنبع قواعد هذا القانون من الدين المسيحى بل اشتقها فقهاء الكنسية من القانون الطبيعى والقوانين الوضعية السائدة أنذاك وخاصة القانون الرومانى وتخريجها من المثل والمبادئ المسيحية .

ازدهر القانون الكنسى فى أواخر الدولة الرومانية ، وساد تطبيقه بعد سقوط الأمبراطورية الرومانية ، وظل معمولاً به كمصدر رسمى للقانون فى اغلب البلاد الأوروبية . عادت السلطة الزمنية إلى الظهور والاستقلال ، وضعف سلطان الكنيسة ، وتم فصلها عن الدولة فانحسر بذلك التطبيق المباشر للقانون الكنسى وأصبح مصدراً تاريخياً للقوانين الوضعية التى ظهرت على عدة مراحل وفترات متعاقبة .

ولا زالت القواعد التى اجتهد فقهاء الكنيسة فى وضعها تلعب دوراً هاماً فى صياغة القوانين التى تحكم مسائل الأحوال الشخصية فى كثير من الدول الأوروبية . بل أن هذه القواعد تطبق مباشرة . فى مسائل الأسرة ، على المواطنين المسيحيين فى كل من مصر ولبنان كما سنرى .

(جـ) أثر الدين فى قوانين البلاد الشرقية :

تمتعت الكنيسة بنفوذ قوى فى بلاد الامبراطورية الشرقية كذلك ، وتمتعت بقدر كبير من الاستقلال والحكم الذاتى داخل الدولة البيزنطية ، فكانت لها محاكم تفصل فى المسائل الروحية وسائر الأحوال الشخصية كالزواج والفرقة والوصاية طبقاً للقانون الكنسى .

أشـرق نور الاسـلام على هذه الـبلاد ، واعـتنقه طواعـية السـواد الأعظم من المـواطنين . أقـر الاسلام حريـة العقـيدة ، وترك غـير المـسلمـين وشريعـتهـم ، وأقر الرؤسـاء الدينيـين فيهـا ، وخاصة فيـما يتعلق بـسلطة القضاء بـين أتباعهم طـبقاً للقانون الكنسى فى المسائل الروحية والأحوال الشـخصية .

انتـشر الاسـلام فى مخـتلف ربوع الـعالم شـرقه وغـربه . والدين الاسـلامى ، كما نزل على خاتم الأنبياء محمد ﷺ ، جاء منهجاً مـتكاملاً للبشـرية جمعاء . فهو دين ودولـة حيث ينظم أمور الدين والدنيا ، وجمع إلى جـانب قواعد الأخلاق والعبادات أسس التشريع والقانون لتنظيم سائر أنواع المعاملات .

نزل الـوحى الالـهى بـالاسـلام فى القـرآن الـكريـم والسـنة النـبويـة المطـهرة ، وهـو يضـم ، إلـى جانب عقـيـدة التـوحيد والعـبـودية لـلّه ، الـكثـير من الأحـكام والقـواعـد فى مـجـالات الأحوال الشـخصـية والمسائل المدنية والحـدود وغير ذلك من القـواعـد الجنـائيـة . وتمـتـاز هذه القـواعـد بأنهـا عـامـة وكلية فتـناولهـا فقـهاء الاسـلام بالشـرح والتفـصيـل وفرعـوا عليـها الكثـير من الحلول واسـتنبطوا منهـا العديد من الأحكام حتى غدت الشـريعة الاسـلامية نظاماً قانونياً متكاملاً يصلح لتغطية كافة جوانب الحياة .

سـاد تطبيق الـشـريعة الاسلامـية كمـصـدر رسـمى أول للقـانون فى غالبـية البلاد الاسـلامية . أدى قـفل باب الاجتهاد إلى جمـود قواعد الشـريعة الاسلامـية ، حيث وقف الأمـر عند الأحكام التـى استنبطهـا الفقه الاسـلامى لمواجهـة مقتضـيات أزمـنـتهـم ، وذلك على الـرغم من أن الـجوهـر الـحـقيقى لتـلك الشريعة السمحاء يتسم بالمـرونة والرحابة الكافية لاستيعاب

كافة مجالات التطور فى الواقع بسبب سعة مصادرها وقابليتها لانتاج الأحكام . تقلص نطاق تطبيق الشريعة الاسلامية بسبب عجز أبنائها عن الاستفادة منها وضعف الدول الاسلامية .

ازدهرت حركة التقنين فى الدول الغربية وامتد تأثيرها إلى بلاد العالم الاسلامى حيث تم اشتقاق الكثير من أحكامها . لا زالت الشريعة الاسلامية تحتل ساحة ضيقة فى النظم القانونية المعاصرة فى هذه البلاد ، فهى تطبق كمصدر رسمى أصلى عام فى القليل من البلدان ، وتطبق كذلك كمصدر رسمى أصلى فى بعض مسائل الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والنسب وذلك فى غالبية الدول الاسلامية ، وتعد هذه الشريعة مصدراً تاريخيًا للأحكام القانونية فى بعض تلك الدول . ويشهد العصر الراهن صحوة جديدة للمطالبة بالعودة إلى تطبيق الشريعة الاسلامية كما سنرى .

المبحث الثانى

دور الدين فى القانون المصرى

نعرض لدور الدين بصفة عامة ، ثم نبين دوره فى مجال الأحوال الشخصية .

المطلب الأول

دور الدين بصفة عامة

(أ) الدين كمصدر للقانون :

اتسم النظام القانونى المصرى - منذ الفتح الاسلامى حتى صدور التقنينات الأهلية والمختلطة فى أوائل الربع الأخير من القرن الماضى - بالطابع الدينى البحت ، فقد سادت الشريعة الاسلامية كمصدر رسمى أصلى عام ، أى صاحبة الولاية العامة بالنسبة إلى كل المسائل وإلى كل الأشخاص بغض النظر عن ديانتهم .

وكان معترفًا للشرائع الدينية الأخرى - بمقتضى الامتيازات الطائفية التى منحت لغير المسلمين - بولاية محدودة فى بعض مسائل الأحوال الشخصية ، أى أن غير المسلمين كانت تطبق عليهم شرائعهم فى بعض تلك المسائل .

إلا أنه بصدور التقنينات المصرية الأولى ومن بعدها التقنين المدنى الحالى احتل التشريع المكانة الأولى من بين المصادر الرسمية للقاعدة القانونية . ولكن الشريعة الاسلامية لا زالت مصدر مادى أو موضوعى للتشريع من

جهة ومصدر رسمى احتياطى من جهة أخرى . ولا زال الدين عموماً المصدر الرسمى الأصلى الخاص فى بعض مسائل الأحوال الشخصية .

(ب) الدين كمصدر رسمى أصلى خاص :

يلجأ القاضى إلى الدين كمصدر رسمى أصلى ، وليس على سبيل الاحتياط ، فى بعض مسائل الأحوال الشخصية ، أى أنه فى تلك المسائل إذا عرض نزاع على القاضى فإنه يطبق مباشرة أحكام الشريعة الاسلامية أو شريعة غير المسلمين إذا توافرت الشروط التى يستلزمها المشرع والتى سنتناولها فيما بعد (١).

والرجوع إلى الدين هنا بصورة مباشرة لا يكون إلا فى نطاق محدود إلا وهو بعض مسائل الأحوال الشخصية التى لم توحد بعد بقوانين عامة على كافة المصريين بغض النظر عن ديانتهم . وتنحصر تقريبًا فى مسائل الزواج وما يتفرع عنه من نسب وحضانة ونفقة وطلاق وتطليق .

أما فى مسائل الأحوال الشخصية التى تم توحيدها بقوانين فإن المصدر الرسمى فيها هو التشريع . والشريعة الاسلامية وإن كانت المصدر المادى الذى اشتقت منه تلك القوانين ، فهى تظل المصدر الموضوعى أو التاريخى الذى يرجع إليه لفهم وتفسير القوانين المذكورة .

فكقاعدة عامة تطبق شريعة غير المسلمين على المتخاصمين إذا اتحدا فى الديانة والطائفة والملة ، وكان

---

(١) انظر ما يلى ص ٣٣٣ .

النزاع متصلاً بالزواج وما يرتبط به ، وتطبق الشريعة الاسلامية على المسلمين ، وعلى غير المسلمين إذا تخلفت شروط تطبيق شريعتهم .

(جـ) التطور القضائى والتشريعى :

شهدت مصر فى الماضى درجة كبيرة من الفوضى على كل من الصعيدين القضائى والتشريعى :

ففى البداية تعددت جهات القضاء بدرجة كبيرة ، إذ كان يتولى القضاء كل من : المحاكم الشرعية والمحاكم الملية ، والمحاكم القنصلية ، ومجالس الأحكام .

ثم انشئت بعد ذلك المحاكم المختلطة عام ١٨٧٥ والمحاكم الأهلية عام ١٨٨٣ . وإن كانت تلك المحاكم بنوعيها قد اختصت بالأحوال العينية ، إلا أن المحاكم الأهلية لم تكن تختص إلا بنظر الدعاوى التى تثور بين الأهالى ، أما المحاكم المختلطة فقد اختصت بالمنازعات التى تقوم بين الأهالى والأجانب أو بين الأجانب أنفسهم .

أما فى مسائل الأحوال الشخصية فقد وجدت المحاكم الشرعية للمسلمين ، والمجالس الملية لغير المسلمين ، والمحاكم القنصلية للأجانب .

وظل الوضع كذلك حتى عام ١٩٤٩ حيث ألغيت الامتيازات الأجنبية والمحاكم المختلطة والمحاكم القنصلية . ثم صدر القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ حيث قرر بدوره الغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية ، وبالتالى أصبحت الجهة الوحيدة الباقية هى المحاكم الأهلية أو الوطنية والتى تختص بكافة المنازعات بين المصريين والمقيمين على أرض الوطن

يستوى فى ذلك المسائل العينية أو الشخصية .

وبالرغم من الوحدة القضائية فإن القانون الواجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية لا زال مختلفًا . فالمحاكم تطبق أحياناً الشريعة الاسلامية وأحياناً شريعة المتقاضين غير المسلمين .

وهذا يدفعنا إلى محاولة التعرف على مفهوم الأحوال الشخصية ، ووجه التعدد أو الاختلاف الذى لا زال قائمًا فى هذا المجال .

المطلب الثانى

دور الدين فى مجال الأحوال الشخصية

(أ) المقصود بالأحوال الشخصية :

يجرى العمل فى النظم القانونية الحديثة على عدم الفصل بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية . فالقانون المدنى يضم بين أحكامه المسائل المتعلقة بالأشخاص وتلك المرتبطة بالأموال ، أى ينظم المركز القانونى للأشخاص وللأموال .

ولكن المشرع المصرى جرى على التفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية . وتستمد تلك التفرقة جذورها ومبرراتها من نظام الامتيازات الأجنبية ، وتعدد جهات القضاء ، وتعدد الشرائع الواجبة التطبيق على المصريين أنفسهم فى جانب كبير من معاملاتهم .

ولقد كان تحديد المقصود من اصطلاح الأحوال الشخصية أمراً على درجة كبيرة من الأهمية نظراً لما يترتب

على ذلك من نتائج تتعلق بالاختصاص القضائى والتشريعى ، فقد تعددت جهات القضاء من جهة والشرائع المطبقة من جهة أخرى .

أما اليوم وقد تم توحيد السلطة القضائية وصدرت تشريعات موحدة فى كثير من مسائل الأحوال الشخصية لتسرى على كل المصريين بغض النظر عن ديانتهم ، فإن الأهمية العملية لوضع تعريف للمصطلح فقدت الكثير من اهميتها .

فلم يعد انتماء المسألة محل النزاع إلى الأحوال الشخصية هو الفيصل فى تطبيق شريعة غير المسلمين إذا توافرت شروط ذلك التطبيق ، بل أن المشرع قد حدد وحصر المسائل التى يمكن فيها الاحتكام إلى شريعة المتقاضين ، وهى تلك التى لم يصدر فيها تشريعات موحدة بعد ، وتنحصر - كما سنرى - فى مسائل الزواج وما يرتبط بها .

(ب) تعريف المشرع للأحوال الشخصية :

بعد أن تعددت المحاولات الفقهية والقضائية لوضع تعريف للأحوال الشخصية . تدخل المشرع فى المادة ١٣ من قانون نظام القضاء ليحدد ذلك المصطلح على النحو الآتى :

« تشمل مسائل الأحوال الشخصية ، المنازعات المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق . والبنوة والاقرار بالأبوة وانكارها ، والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار ، وتصحيح النسب

والتبنى . والولاية والوصاية والقوامة والحجر والاذن بالادارة والغيبة واعتبار المفقود ميتاً ، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغير ذلك من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت » .

يتضح لنا من هذا النص أن اصطلاح الأحوال الشخصية يضم فئات المسائل الآتية :

١- المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم.

٢- نظام الأسرة ، كالخطبة ، والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة ، والمهر والبائنة ونظام الأموال بين الزوجين . والطلاق والتطليق والتفريق ، والبنوة والاقرار بالأبوة وانكارها ، وتصحيح النسب والتبنى ، والعلاقة بين الأصول والفروع ، والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار .

٣- الولاية والوصاية والقيامة والحجر والاذن بالادارة والغيبة واعتبار المفقود ميتاً .

٤- المواريث والوصايا .

(جـ) المسائل الموحدة فى نطاق الأحوال الشخصية :

لعل ايمان المشرع بالمساوئ العديدة التى تترتب على نظام التعدد القضائى والتشريعى وما يشكله ذلك من مساس بسيادة الدولة ووحدتها الوطنية المرتبطة بوحدة النظام القانونى وتكامله ، هو الذى دفعه إلى السير فى طريق التوحيد ونأمل أن يصل به إلى منتهاه المنشود .

ولعل ما ورد بالمذكرة الايضاحية للقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الذى وحد الجهات القضائية ، ما يعبر عن ذلك :

« تنص قواعد القانون العام على أن تكون سيادة الدولة

تامة ومطلقة داخل بلادها ، كما تنص على أن يخضع جميع السكان على اختلاف جنسياتهم لقوانين البلاد ومحاكمها ولجهة قضائية واحدة .. وقد ورثت مصر نظام تعدد جهات القضاء فى مسائل الأحوال الشخصية عن الماضى ، فأصبح لكل طائفة قضاؤها وقوانينها الموضوعية الخاصة ، واجراءاتها الخاصة مما أدى إلى الفوضى والاضرار بالمتقاضين .. والتنازع فى الاختصاص .. فللطوائف غير الاسلامية أربعة عشر مجلسًا .. والقواعد الموضوعية التى تطبقها أكثر المجالس فيما يطرح عليها غير مدونة ، وليس من اليسير أن يهتدى إليها عامة المتقاضين ، وهى مبعثرة فى مكانها بين مثوى الكتب السماوية وشرح وتأويلات لبعض المجتهدين من رجال الكهنوت ، مبعثرة فى كتب لاتينية أو يونانية أو عبرية أو سريانية أو قبطية لا يفهمها غالبية المتقاضين » .

ولذلك تدخل المشرع بنصوص تشريعية فى كثير من مسائل الأحوال الشخصية لتصبح موحدة بالنسبة لكافة المصريين أيًا كانت ديانتهم ، أى أن القاضى فى تلك المسائل يرجع إلى تلك النصوص مباشرة ، وهذه المسائل هى :

١- الحالة والأهلية ، نظمت تلك المسائل بواسطة القانون المدنى فى المواد من ٢٩ إلى ٥١ (بدء الشخصية ونهايتها - الاسم واللقب - القرابة - الأهلية) .

٢- نظم حماية عديمى الأهلية وناقصيها (الولاية والوصاية والقوامة والحجر والاذن بالادارة والغيبة واعتبار المفقود ميتًا) وتخضع لأحكام القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ . والقوانين ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، ١٩٩٢ والمادة ٣٢ مدنى (أحكام المفقود) .

٣- الهبة ، نظمها القانون المدنى فى المواد من ٤٨٦ إلى ٥٠٤ .

٤-الميراث والوصية .

جرى العمل على أن تختص المحاكم الشرعية بنظر مسائل المواريث بالنسبة لغير المسلمين ، وكانت تطبق بشأنها قواعد الشريعة الاسلامية . ولم تكن تختص المجالس الملية بنظر تلك المسائل إلا إذا اتفق جميع المعنيين على الالتجاء إلى قضائهم الطائفى .

ثم صدر القانون ٧٧ لسنة ١٩٤٣ منظمًا لمسائل المواريث ويطبق على كل المصريين مسلمين وغير مسلمين . وهذا ما تعبر عنه المذكرة الايضاحية لمشروعه التمهيدى بقولها : « وستطبق هذه الأحكام على جميع المصريين مسلمين كانوا أو غير مسلمين بشأن كل المسائل أو المنازعات الخاصة بالميراث أو الوصية .

إلا أن المادة الأولى من القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ وضعت استثناءاً فى هذا الشأن مقتضاه « أن قوانين المواريث والوصية ، وأحكام الشريعة الاسلامية فيهما هى قانون البلد فيما يتعلق بالمواريث والوصايا ، على أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته ، فى حكم الشريعة الاسلامية وقوانين الميراث والوصية ، أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقًا لشريعة المتوفى » .

فالنصوص السابقة تقنن ما جرى عليه العمل اى أنها تقر الوضع السابق . ولكن التساؤل ثار حول مدى مكنة الاتفاق بين الورثة غير المسلمين على تطبيق شريعتهم بعد أن صدر القانون المدنى ونص فى المادة ٨٧ على أن « تعيين الورثة

وتحديد أنصبائهم فى الارث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة بشأنها » ونصت المادة ١٩١٥ على أنه « تسرى على الوصية أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة بشأنها » .

وتؤكد المذكرة الايضاحية للقانون المدنى بأن قانون الملة لا ينطبق حتى ولو اتفق الورثة على أن يطبق . ولعل هذا ما يفهم كذلك من حكم حديث لمحكمة النقض . رغم ذلك ، فإن جانباً من الفقه يرى أن الأستثناء الخاص بامكان اتفاق غير المسلمين على تحكيم شريعتهم لا زال قائمًا وأنه لم يلغ بنصوص القانون المدنى ، لأن هذه النصوص عامة والعام لا ينسخ الخاص ولو كان لاحقاً .

من المؤكد أن مسائل المواريث والوصية تعد من النظام العام وأنه يصعب القول بالاتفاق على ما يخالفها ، إلا أن المشرع قد قبل مبدأ الاتفاق على استبعاد تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية لتطبق الشريعة الطائفية بين ذوى الشأن.

ويعن لنا أن نتساءل حول الأهمية العملية للخلاف القائم بصدد بقاء مكنة الاتفاق السابق من عدمه ، لأنه بطبيعة الحال لن كان هناك اتفاق بين جميع الأطراف على الاحتكام إلى شريعة معينة وتم توزيع الميراث طبقاً لذلك ، فإن المسألة لن تأخذ صورة النزاع ولن يعرض الأمر أمام القضاء ، أما أن رفض أحد الورثة ذلك ، فإن الشرط اللازم وهو « اتفاق الجميع » سيتخلف وستطبق الشريعة الاسلامية . وهذا هو الفرض الراجح لأنه لا يعقل أن يكون نصيب أحد الورثة قدراً معيناً حسب الشريعة الاسلامية ، ثم يرضى هذا الشخص بتطبيق شريعة أخرى تعطيه نصيباً أقل .

(د) نطاق التعدد فى مسائل الأحوال الشخصية :

يتضح مما سبق أن المسائل التى لم توحد بعد ولا زالت تطبق بشأنها الشرائع غير الاسلامية إذا توافرت شروط تطبيقها أصبحت تنحصر فى الزواج وما يتفرع عنه من نسب وحضانة ونفقة وطلاق وتطليق وتفريق .

فتلك هى المسائل التى تتعدد بشأنها الشرائع المطبقة حسب ديانة المتخاصمين . ولا يخفى ما فى هذا التعدد من مساس برقى النظام القانونى وسيادة الأمة . لذلك نطالب مع الفقه بحركة توحيد فى هذا الشأن . إن لم يكن هناك تشريع موحد يطبق على كل المصريين أياً كانت ديانتهم ، فلتوحد على الأقل تلك المسائل بالنسبة لغير المسلمين حتى لا تتعدد الشرائع بهذه الفوضى حسب الطوائف (١٤ طائفة) .

وجرت بالفعل عدة محاولات فى هذا المجال ولكنها لم تر النور ولعل ذلك راجع إلى حساسية تلك المسائل واتصالها بالعقيدة الدينية . هذا بالاضافة إلى الخلافات القائمة بين الطوائف ولم يصل المجتمع المصرى بعد إلى المرحلة التى تمكنه من تجاوزها .

(هـ) شروط تطبيق الشرائع غير الاسلامية :

من المتفق عليه أن حرية العقيدة أمر مكفول للجميع إلا أنه من وجهة النظر القانونية فإن المشرع لا يرتب آثاراً قانونية على الديانة إلا إذا كانت الاسلام أو المسيحية أو اليهودية . والسبب فى ذلك هو أن القانون يشترط لتطبيق شريعة غير المسلمين أن يكون لهم قضاء ملى منظم وقت صدور قانون الغاء المجالس الملية . ولم يكن هناك قضاء ملى إلا بين المسيحيين واليهود .

بدأت المسيحية كملة واحدة ، إلا أنها انقسمت بعد ذلك فى القرن الخامس الميلادى إلى مذهبين : الأرثوذكس والكاثوليك . وفى القرن السادس ظهر مذهب جديد هو المذهب الانجيلى أو البروتستانت . وينقسم المذهب الأرثوذكسى إلى عدة طوائف وهى : الأقباط والروم والأرمن والسريان . ويضم المذهب الكاثوليكى سبع طوائف : أربعة من أصل أرثوذكسى ارتدوا عن مذهبهم ودخلوا فى الكاثوليكية وهم : القبط والروم والسريان والأرمن ، هذا بالاضافة إلى : الموارنة والكلدان واللاتين . ورغم تعدد طوائف المذهب البروتستانتى إلا أن المشرع المصرى قد اعتبرهم جميعاً طائفة واحدة وينقسم اليهود إلى مذهبين الربانيون والقراءون .

يعتد المشرع بكل هذه الطوائف (١) ويسمح بتطبيق شرائعهم ، ولكن يشترط لتطبيق الشرائع الطائفية المذكورة فى مسائل الأسرة اتحاد أطراف النزاع فى الملة والطائفة ، وألا يخالف حكم الطائفة المراد تطبيقه النظام العام المصرى . فإذا تخلف أحد هذين الشرطين فإن الشريعة الاسلامية هى التى تطبق على النزاع (٢) . فالنزاع بين زوجين من الأقباط الأرثوذكسى يخضع لشريعتهم . أما إذا كان أطراف النزاع كلاهما أو أحدهما لا ينتمى إلى المسيحية أو اليهودية وجب تطبيق الشريعة الاسلامية ، وهى تطبق أيضاً فى حالة اختلاف الملة أو الطائفة ، كما لو تزوج قبطى أرثوذكسى من سريانية أرثوذكسية .

---

(١) ما عدا طائفة اللاتين ، حيث لم يكن لهم مجلس ملى منظم .

(٢) وذلك طبقاً للقانون ١/ ٢٠٠٠ الذى قنن الوضع السابق عليه .

والمقصود بالشريعة الاسلامية التى تطبق على غير المسلمين فى الحالات السابقة هى القواعد الموضوعية التى تحكم العلاقات بين المسلمين وتتمثل فى أرجح الأقوال فى مذهب الامام أبى حنيفة (١) ، بكل ما يترتب على ذلك من آثار

---

(١) وذلك طبقاً لنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . نقض ١٩٨١/٤/٢١ س ٣٢ ج١ ص ١٢٠٥ .

الشريعة الاسلامية هى القانون العام الواجب التطبيق فى مسائل الأحول الشخصية وعملاً بالمادة ٢٨٠ من لائحة المحاكم الشرعية تصدر الأحكام فيها طبقاً لما هو مدون بهذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة وذلك فيما عدا الأحوال التى وردت بشأنها قوانين خاصة للمحاكم الشرعية - ومنها قانون الوصية وقانون المواريث - تضمنت قواعد مخالفة للراجح من هذه الأقوال فتصدر الأحكام فيها طبقاً لتلك القواعد ، ومؤدى ذلك انه ما لم تنص تلك القوانين على قواعد خاصة تعين الرجوع إلى أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة وهو ما لا يجوز معه - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - القول بأن سكوت القانون او خلوه من النص على حكم فى مسألة من هذه المسائل إنما أراد به المشرع ان يخالف نصاً فى القرآن أو السنة الصحيحة أو حكماً اتفق عليه فقهاء المسلمين - وإذ كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وطبق أحكام الردة على زواج الطاعنة الثانية بعد ردتها وقضى ببطلانه وأمر بالتفريق بينها وبين الطاعن الأول محافظة على حقوق الله وصيانة لها من العبث وهى أمور لا تتصل « بحرية العقيدة » ولكن بما رتبه الفقهاء عليها من اثار ، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه . (الطعن ٢٠ لسنة ٣٤ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٦٦/٣/٣٠ س ١٧ ص ٧٨٢) .

الشريعة الاسلامية هى القانون العام الواجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين غير المسلمين المختلفى الطائفة والملة وتصدر الأحكام فيها طبقاً لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى فى قضائه إلى أن الطاعنة والمطعون عليه غير متحدى الطائفة والملة وطبق فى شأنهما أحكام الشريعة الاسلامية ولم يعتد بالتغيير الحاصل أثناء سير الدعوى فإنه بذلك - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - لايكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه إذ العبرة باتحاد الطائفة والملة أو اختلافهما وقت رفع الدعوى ما لم يكن التغيير إلى الاسلام . (الطعن ٢٩ لسنة ٣٤ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٦٦/٣/٣٠ س ١٧ ص ٧٩٢) .

بما فى ذلك امكانية وقوع الطلاق بالارادة المنفردة للزوج القبطى على زوجته الأرمنية . ولكن الشرع أورد قيداً هاماً مؤداه عدم وقوع الطلاق بين من لا يدينان بوقوعه ، ويقصد بذلك الكاثوليك ، فدعوى الطلاق لا تسمع إذا كان أحد أطراف العلاقة الزوجية كاثوليكياً أياً كانت طائفته .

وضعت محكمة النقض قيداً أخر على تطبيق الشريعة الاسلامية فى النزاع الخاص بغير المسلمين مقتضاه عدم المساس بالأصول الأساسية فى الديانة المسيحية . فبالرغم من أن المحكمة أقرت حق الزوج المسيحى – فى حالة اختلاف الطائفة أو الملة – فى أن يطلق زوجته بالارادة

- المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والتى كانت أصلاً من اختصاص المحاكم الشرعية – ومنها المنازعات المتعلقة بالمصريين غير المسلمين المختلفى الطائفة والملة – تصدر فيها الأحكام طبقاً لأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة ولما هو مدون فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة . (الطعن ١٤ لسنة ٣٥ق - « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٦٦/٤/٢٠ س ١٧ ص ٨٨٩) .

فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين « والمتحدى الطائفة والملة » والذين لهم جهات ملية منظمة تصدر الأحكام وفقاً لشريعتهم فى نطاق النظام العام ولا يؤثر فى وضع الخصومة والخصوم والقانون الواجب التطبيق عليها وعليهم تغيير الطائفة أو الملة بما يخرج أحدهم من وحدة طائفة إلى أخرى« أثناء سير الدعوى ، ما لم يكن هذا التغيير إلى الاسلام . (نفس الحكم) .

مؤدى نص المادة السادسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين المختلفى الطائفة والملة تصدر الأحكام طبقاً لأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة باعتبارها القانون العام فى مسائل الأحوال الشخصية ، ولا يؤثر فى وضع الخصومة أو الخصوم والقانون الواجب التطبيق عليهم تغيير الطائفة أو الملة بما يخرج أحدهم من وحدة طائفة إلى أخرى أثناء سير الدعوى ما لم يكن هنا التغيير إلى الاسلام . (الطعن ٤٤ لسنة ٤٥ق « أحوال شخصية » - جلسة ١٩٧٦/١١/١٧ س ٢٧ ص ١٦٠٦) .

المنفردة ، إلا أنها رفضت منحه الحق فى أن يعد زوجاته لأن ذلك يتصادم مع أحد المبادئ المتصلة بجوهر العقيدة المسيحية ، فالإجماع ، أخذاً بروح الانجيل وفكرة الجسد الواحد وعفة عقد الزواج المسيحى ، على أن الوحدة فى الزواج تعتبر من المبادئ التى تمسكت بها المسيحية من مستهل بزوغها ، وأنه يعتبر بالتالى من القواعد الأصيلة فى المسيحية على اختلاف مللها ونحلها وطوائفها ومذاهبها المتعلقة بعموم العقيدة الدينية والواجبة الاحترام والانصياع فيما بين المسيحيين (١) .

---

(١) نقض ١٧/١/١٩٧٩ س ٣٠ ص ٢٧٦ .

المبحث الثالث

دور الشريعة الإسلامية فى القانون المصرى

بالاضافة إلى دور الشريعة الاسلامية كمصدر رسمى أصلى خاص فى بعض مسائل الأحوال الشخصية ، فإنها لا تزال المصدر المادى والموضوعى للتشريع من جهة والمصدر الرسمى الاحتياطي للقانون من جهة أخرى .

المطلب الأول

الشريعة الاسلامية كمصدر موضوعى للقانون

كانت الشريعة الاسلامية من المصادر المادية الهامة التى اشتق منها المشرع المصرى الكثير من القواعد القانونية ، فقد كانت الينبوع الذى استقى منه كثير من الأحكام فى مسائل الأحوال العينية فى القانون المدنى ومن هذه المسائل الأحكام الخاصة بمجلس العقد وايجار الوقف والحكر وايجار الأرض الزراعية والابراء من الدين ، هذا بالاضافة إلى المبادئ الخاصة بنظرية التعسف فى استعمال الحق أو حوالة الدين ، والحوادث الطارئة ، ومضار الجوار غير المألوفة .

وتعد الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى الذى أخذ عنه المشرع القوانين الموحدة والتى تسرى على كل المصريين بكافة دياناتهم فى بعض مسائل الأحوال الشخصية كحالة الأشخاص وأهليتهم والميراث والوصية والوقف والولاية .

وازدادت أهمية الشريعة الاسلامية بعد التعديل الدستورى الحديث الذى نص على اعتبارها المصدر الرئيسى للتشريع

. فالدستور هنا يلزم المشرع بأن يلجأ إلى الشريعة الاسلامية أولاً كمصدر موضوعي يستقى منه القاعدة القانونية ، فإن لم يجد حلاً يمكنه أن يلجأ لمصدر آخر بشرط الا يتعارض ذلك مع روح الاسلام ومقاصده .

(أ) الشريعة الاسلامية هي المصدر المادي الرئيسي للتشريع :

تتولى السلطة التشريعية مهمة سن التشريع ، وهي تتمتع ، كقاعدة عامة ، بحرية الرجوع إلى المصادر المادية المختلفة للقاعدة القانونية ، كالعادات والأعراف والدين والعدالة وأحكام القضاء والقوانين الأجنبية واجتهادات الفقهاء . وللمشرع حرية المفاضلة بين هذه المصادر في سن ما يراه ملائماً للجماعة في ضوء الظروف القائمة بها بشرط احترام المبادئ الأساسية التي قررها الدستور .

ولكن الدستور المصري نص على اعتبار الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسي للتشريع ، أي أنه ينبغي على المشرع إذا أراد سن قاعدة قانونية ، الرجوع أولاً إلى مبادئ الشريعة الاسلامية ، فإن لم يجد فيها حلاً أمكنه الرجوع إلى المصادر الأخرى بشرط الا يتعارض التشريع المشتق منها مع جوهر الشريعة وغاياتها . مؤدى ذلك أن الشريعة الاسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع وليست المصدر الوحيد . فالدستور رفع مكانتها بين المصادر المادية للتشريع بدعوة المشرع إلى استقاء القواعد القانونية منها .

« ونص الدستور على أن الشريعة الاسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع ليس واجب الأعمال بذاته إنما هو دعوة للشارع بأن تكون المصدر الرئيسي فيما يشرعه من قوانين ، ومن ثم فإن المناط في تطبيق أحكام الشريعة

الاسلامية استجابة الشارع لدعوته وافراغ مبادئها السمحاء فى نصوص محددة ومنضبطة يلتزم القضاء بالحكم بمقتضاها بدءاً من التاريخ الذى تحدده السلطة التشريعية لسريانها . والقول بغير ذلك يؤدى إلى الخلط بين التزام القضاء بتطبيق القانون الوضعى وبين اشتراع القواعد القانونية التى تتأبى مع حدود ولايته . فضلاً عن أن تطبيق الشريعة الاسلامية يقتضى تحديد المعين الذى يستقى منه الحكم الشرعى من بين مذاهب الأئمة المتعددة والمتباينة فى القضية الشرعية الواحدة . ويؤكد هذا النظر أنه لما كان الدستور المصرى قد حدد السلطات الدستورية وأوضح اختصاص كل منها وكان الفصل بين السلطات هو قوام النظام الدستورى بما لازمه أنه لا يجوز لاحداها أن تجاوز ما قرره الدستور باعتباره القانون الأسمى وكان من المقرر وفقاً لأحكامه أن وظيفة السلطة القضائية أن تطبق القانون وتختص محكمة النقض بالسهر على صحة تطبيقه فإنه يتعين على السلطة القضائية وغيرها من السلطات النزول على أحكامه » (١) .

يتضح من ذلك أن التشريع لا زال هو المصدر الرسمى الأصلى للقواعد القانونية . وتعد الشريعة الاسلامية هى المصدر المادى الرئيسى للتشريع ، ومن ثم ليس للقضاء اللجوء مباشرة إلى الشريعة لتطبيقها على النزاع المطروح أمامه ، بل عليه البدء بالتشريع فالعرف ، فإن لم يوجد حكم فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية .

---

(١) نقض ١٩٨٢/١/٢٣ طعن رقم ٢٣٧٠ س ٥١ق .
وحكم المحكمة الدستورية العليا الصادر فى ١٩٨٥/٥/٤ .

(ب) تعارض التشريع مع مبادئ الشريعة الاسلامية :

ما هو الحكم بالنسبة للتشريع المخالف لأحكام الشريعة الاسلامية ؟

لا شك أن مقتضى النص الدستورى باعتبار الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع أن كل نص تشريعى ينبغى أن يصدر موافقاً لأحكام الشريعة الاسلامية . وكل قانون يصدر مناقضاً لنصوص القرآن والسنة يكون مخالفاً للدستور ويمكن الطعن عليه بعدم الدستورية .

أما بالنسبة للقوانين السابقة على التعديل الدستورى القاضى باعتبار الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع فإنها تظل قائمة ما لم يتم تعديلها أو الغائها تشريعياً . ولا يجوز الطعن عليها بعدم الدستورية فى حالة مخالفتها الكلية أو الجزئية لمبادئ الشريعة الاسلامية لأن مثل هذه القوانين صدرت صحيحة ولم يقض المشرع الدستورى بالغائها صراحة أو ضمناً . بل أن المادة ١٩١ من الدستور تنص صراحة على أن كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحاً ونافذاً ، ومع ذلك يجوز الغاؤها أو تعديلها وفقاً للقواعد والاجراءات المقررة فى هذا الدستور .

(جـ) قدرة الشريعة الاسلامية على الوفاء بحاجات العصر :

ينبغى بادئ ذى بدء ، التفرقة بين الفقه الاسلامى والشريعة الاسلامية . فالفقه الاسلامى هو مجموعة الاجتهادات التى توصل إليها فقهاء الاسلام فى العصور المختلفة أو فى مذهب من المذاهب كما انتهى إليه فى عصور تدوينه . وكثير من الأحكام التى وضعها الفقهاء جاءت

انعكاساً لزمن معين أو حالة اجتماعية معينة لذا لا يمكن اعطاءها صفة الصحة المطلقة .

أما الشريعة الاسلامية فتتمثل فى مجموعة المصادر والأدلة التى يتم الرجوع إليها للكشف عن مراد الشارع الحكيم واستنباط الأحكام التى تتفق ومعطيات كل عصر وبيئة . فهناك الكتاب الكريم والسنة المطهرة . فإن لم يوجد بهما نص أمكن الالتجاء إلى الاجماع والقياس والمصالح المرسلة والاستحسان والاستصحاب والعرف . لذا فإن الشريعة الاسلامية شريعة عالمية صالحة لكل زمان ومكان وهى على درجة من المرونة والرحابة التى تكفى لاستيعاب ما يصيب الواقع من تطور وما يطرأ عليه من معطيات جديدة .

تقتصر الشريعة الاسلامية - عدا بعض الأحكام التفصيلية - على الأصول العامة فى المعاملات ، حيث أراد الله سبحانه وتعالى ترك التفاصيل والجزئيات لتعالج على مقتضيات كل عصر وتبعًا لتغير الظروف السائدة ، أى يقوم المسلمون بوضع التشريعات الضرورية عن طريق الاجتهاد بشرط أن تكون منسجمة مع روح الاسلام وغاياته . فقد تركت النصوص منطقة واسعة يستنبط لها الناس الأحكام الأصلح والأنسب لحالهم وزمانهم . ويتفق ذلك مع حديث الرسول عليه السلام « ما أحل الله فى كتابه فهو حلال ، وما حرم فهو حرام ، وما سكت عنه فهو عفو ، فاقبلوا من الله عافيته ، فإن الله لم يكن لينسى شيئاً » .

وتتسم مصادر الشريعة الاسلامية بدرجة عالية من الوفرة والخصوبة والمرونة ، ومن ثم فهى قابلة لانتاج الأحكام فى كل ما يجد من وقائع ، فإلى جانب القياس يمكن الاستناد

إلى المصلحة المشروعة كمصدر لكل ما يحتاجه القانون من أحكام على اختلاف الزمان والمكان. ومن ثم ينبغي علينا القيام بخطوات ايجابية لتتبع التراث الفقهي الاسلامي والتماس روح الشريعة وأحكامها عن طريقه . هذا إلى جانب الالمام بالعلوم المعاصرة لاستيعاب معطيات الواقع وما تقتضيه من أحكام .

المطلب الثاني

الشريعة الاسلامية كمصدر رسمي احتياطي للقانون

نص التقنين المدني المصري على اعتبار الشريعة الاسلامية المصدر الرسمي الذي يرجع إليه القاضي ، في مسائل المعاملات أي الأحوال العينية ، في حالة عدم وجود نص تشريعي أو عرف . فمبادئ الشريعة الاسلامية تعد المصدر الرسمي الثالث في القانون المدني المصري .

يرجع القاضي ، في هذا الصدد ، إلى المبادئ العامة أي الأصول الكلية للشريعة دون الحلول التفصيلية . فالمبادئ الكلية للشريعة لا تختلف باختلاف المذاهب وليست محل خلاف بين الفقهاء . ولا يتقيد القاضي بمذهب معين من مذاهب الفقه الاسلامي ، ولا يرجع إلى الأحكام التفصيلية التي تختلف فيها الآراء ، بل يأخذ بالأصول الكلية .

والواقع أن فرصة تطبيق الشريعة الاسلامية كمصدر رسمي احتياطي للقانون هي من الندرة بمكان نظراً لأن القاضي غالباً ما يجد الحل في التشريع أو العرف .

الفصل الثالث

العـــــرف

العرف La Coutume هو اعتياد الناس على سلوك معين في العمل ، مع الاعتقاد بلزوم هذا السلوك كقاعدة قانونية . إذ قد يشيع حل معين لمشكلة ما ، ويتكرر الالتجاء إلى هذا الحل ويستقر في نفوس الناس بحيث يشعرون بأنه جزء من تنظيم المجتمع وضروري لاستقرار المعامات ، فهنا تولد القاعدة العرفية (١) .

يتضح من ذلك العرف هو اطراد اتباع الجماعة لقاعدة من قواعد السلوك ، مع الاعتقاد بالزامية هذه القاعدة . والعرف ، بهذا المعنى ، أقدم من التشريع ، فهو المصدر الأول للقانون ، بل كان المصدر الأوحد في الجماعات القديمة .

ولدراسة العرف نعرض على التوالي لكل من : أركان العرف وشروطه ، دور العرف في القانون ، اثبات العرف ورقابة محكمة النقض ، أساس القوة الملزمة للعرف ، العرف في الشريعة الاسلامية.

---

(١) جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي لتنقيح القانون المدني ان «العرف هو المصدر الشعبي الأصيل يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التي يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استعصائها على النص . ولذلك ظل هذا المصدر وسيظل إلى جانب التشريع مصدراً تكميلياً خصباً لا يقف انتاجه عند حدود المعاملات التجارية بل يتناول المعاملات التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء» مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ١٨٨ .

المبحث الأول

أركان العرف وشروطه

يقوم العرف على ركنين : ركن مادى ، وركن معنوى :

(أ) الركن المادى للعرف :

ويتمثل فى اطراد العمل على سنة معينة . هذه السنة أو هذا السلوك ينشأ تلقائياً بسبب الحاجة إليه فى العمل ، ولكن ينبغى تكرار السنة على نحو يضمن ثباتها Constant واستقرارها مدة طويلة من الزمن .

يتضح من ذلك أن العنصر المادى يتمثل فى عادة ، أى تكرار سلوك معين تكراراً عاماً ، ومستمراً ، وثابتاً ، وغير مخالف للنظام العام :

١- ويقصد بعمومية التكرار أن يكون شاملاً على الأقل لجميع أحاد فئة ولو محدودة من الجماعة كالصناع أو الزراع أو التجار .

ويجب أن يدرج غالبية أفراد المجتمع على هذا السلوك . أى ينبغى أن يكون شاملاً . والشمول ليس معناه كل الجماعة ، بل كل المكان الذى يتبع فيه ، وأن يكون عاماً general بالنسبة لكل الأشخاص الموجه إليهم . فهناك عرف محلى قاصر على جزء معين من الدولة . وهناك عرف مهنى أو طائفى كالعرف التجارى أو الزراعى .

٢- ويعنى الاستمرار ألا توجد فترات انقطاع لا يُتبع فيها نفس المسلك فى ذات الظروف ، وأن يستمر التكرار مدة

تكفى لنشوء الاقتناع بأن العرف قد تبلور . كما يجب أن يكون ثابتاً ، يسير على نمط بعينة ما دامت الظروف لم تتغير .

٣- ويجب أن يكون السلوك غير مخالف للنظام العام والآداب (١).

فالسلوك المخالف مهما تكرر لا يمكن أن يصبح قاعدة قانونية ملزمة . فاعتياد بعض الأقاليم على الأخذ بالثار لا يمكن اعتباره قاعدة عرفية لأنه يخالف النظام العام المتمثل فى مبدأ اختصاص الدولة وحدها بتوقيع العقاب .

(ب) الركن المعنوى للعرف :

ويتمثل فى العقيدة بالزام العرف أى الاعتقاد بأن السلوك المتبع قد أصبح ملزماً وواجب الاتباع وأن من يخالفه ينبغى أن يتعرض لجزاء مادى يوقع عليه . مؤدى ذلك أن العنصر المعنوى يتمثل فى الاعتقاد بالزامية القاعدة العرفية والاقتناع بضرورة اتباعها .

---

(١) ويبدو ذلك بوضوح فى مجال العرف الطائفى والمحلى . وقد ثار التساؤل حول مدى موافقة العرف الكنسى الخاص بنظام الرهبنة ، وهو عرف طائفى ، للنظام العام فقضت محكمة النقض بأن « الرهبنة نظام متبع لدى بعض الطوائف المسيحية فى مصر ، وقد اعترفت بها الحكومة المصرية .. وأن من قواعد الرهبنة .. إن الأموال التى تؤول للرهبان عن طريق وظائفهم أو بسببها تصبح ملكًا للبيعة ، إذ الراهب يدخل الدير فقيراً مجرداً عن كل مال كى يثقف ويربى تربية دينية على حساب الدير راضياً بالنظام الكنسى القاضى بأن كل ما يصيبه من رزق لا يملك فيه شيئاً ، بل يكون ملكاً للكنيسة . وهذا التراضى الذى جرى العرف الكنسى باتباعه ليس فيه ما يخالف مبادئ النظام العام أو أحكام القانون فى شئ ما » نقض ١٩٤٢/٥/١٤ مجموعة عمر جـ٣ ص ٤٣١ .

فإذا توافرت أركان العرف على النحو السابق ، وتأكد الفقه والقضاء من أن سلوكًا معينًا قد أصبح عرفاً ثابتاً لا تتكرر المنازعات بشأنه أصبح قاعدة قانونية ملزمة كالتشريع تماماً .

(جـ) نشأة القاعدة العرفية :

يثور التساؤل عن كيفية نشأة القواعد العرفية ، ولماذا يطرد الناس على اتباع قواعد معينة فى السلوك الاجتماعى ؟

تتولى المدرسة التاريخية تفسير نشأة العرف بقولها أن القاعدة العرفية نشأ بطريقة تلقائية وتدريجية غير محسوسة عن طريق الاقتناع الشعبى ، وكلما عاش هذا الاقتناع فى الشعب ، كلما تأصل فيه ، ثم تبلور عن طريق علم القانون ، إن مراحل العرف كلها عبارة عن قوى داخلية ، تعمل فى هدؤ ، بعيدة عن التدخل التحكمى .

ولكن المدرسة المادية ترفض القول بأن العرف ينشأ تلقائياً ، وترى أن الفئات المسيطرة اجتماعياً تفرض القاعدة العرفية ، ثم يتولد عن التكرار اقتناع الناس بضرورة اتباعها . لقد تبلورت الاعراف القديمة لصالح الفئات المسيطرة على مقاليد أمور المجتمع . إن تدوين العرف فى العصور القديمة كان وليد صراعات اجتماعية داخل المجتمعات التى جرى فيها التدوين . إن الاقتناع الشعبى لا يأتى إلا مؤخراً ونتيجة للتكرار والاعتياد .

إن العنصر المادى للعرف ، وهو اطراد العادة ، سابق على العنصر المعنوى ، وهو الاقتناع بضرورتها . يتصور البعض أن الناس ينصاعون للعرف نتيجة لاقتناعهم بضرورته ، ولكن العكس هو الصحيح حيث يتبع الناس

القاعدة أولاً ، ثم مع التكرار والاعتياد يتولد الاعتقاد والاقتناع بلزومها .

إن القانون بصفة عامة ، والعرف بصفة خاصة ، يعكس أوضاع الأزمان التى ينتج فيها ، ولا يصح فصله عن الظروف الاجتماعية الملابسة لنشأته ، ولا يجوز النظر إليه باعتباره وحدة ذات كيان مستقل قائم بذاته ، بل يجب دراسته من خلال الظروف التى يظهر فيها والدور الذى يقوم به هناك . إن الظواهر الاجتماعية لا تتكشف حقيقتها إلا بعد استجلاء أصلها التاريخى . وينطبق ذلك بوضوح بالنسبة للأعراف التجارية .

ولا شك أن تلك النظرة المادية فى نشأة العرف صحيحة فى بعض الظروف والمجتمعات القديمة حيث ساد الصراع بين الطبقات ، إلا أنه لا يمكن تعميم ذلك على اطلاقه ، فهناك كثير من المجتمعات المسالمة سادها روح التسامح بين أبنائها واستقرار العمل بينهم على عادات تتفق ومصالحهم واعتقدوا بلزومها وأصبحت عرفاً مستقراً .

(د) العرف والعادة الاتفاقية :

الركن المعنوى فى العرف أى العقيدة الملزمة هى التى تميزه عن غيره من العادات الاجتماعية ، كالمجاملات التى تقوم على مجرد الاعتبارات الأدبية دون أن يتوافر لها وصف الالزام .

ويختلف العرف عن العادات الاتفاقية -Usages Conventionnels كذلك لعدم توافر الالزام فيها ، رغم أن الركن المادى أى تكرار السلوك مشترك بينهما . فالعرف ملزم بذاته ، أما

العادة الاتفاقية فلا تكون ملزمة إلا إذا اتجهت ارادة الأفراد إلى ذلك ، أى اتفاق الأفراد صراحة أو ضمناً على الالتزام بها .

إن العادة الاتفاقية هى فى الأصل شرط يتضمنه العقد ، ويستند فى صحته إلى رضاء المتعاقدين به . فإذا اضطرد ادراج هذا الشرط فى العقود ، انتهى الأمر إلى اعتباره موجوداً ضمناً دون حاجة إلى النص عليه صراحة ، ومن ثم يكون أساس اعمال العادة الاتفاقية هو رضاء الطرفين ضمناً بها ، بينما تستمد القاعدة العرفية قوتها لا من رضاء الطرفين بها ، ولكن من الاقتناع الشعبى بالزاميتها .

ونظراً لأن العادة الاتفاقية ليست قاعدة قانونية ، بل مجرد شرط يستند إلى ارادة الطرفين الضمنية ، فإن القاضى لا يطبقها إلا إذا تمسك بها الأفراد وقاموا باثباتها أمامه ، ولا تسرى إلا إذا كان الطرفان يعلمان بها ، وتعتبر مسألة واقع متروك تقديرها لقاضى الموضوع .

أما العرف فهو قانون يجب على القاضى العلم به وتطبيقه من تلقاء نفسه ، ولو لم يتمسك الخصوم به أو كانوا يجهلون وجوده ، وللقاضى أن يستعين بكل الطرق للتثبت من مضمونه ، كما يجوز الطعن بالنقض فى الحكم الذى يخالف تطبيقه .

ومن أمثلة العادة الاتفاقية ما يجرى عليه الكثير من الناس من تحمل المؤجر ثمن المياه والمستأجر ثمن الكهرباء ، وما يجرى عليه تجار الفاكهة من زيادة نسبة على العدد أو الوزن المتفق عليه .

المبحث الثانى

دور العرف فى القانون

يأتى العرف فى المرتبة الثانية بعد التشريع فهو يكمل التشريع وهو أحيانًا يعاونه أو يفسره ، وفى حالات أخرى يخالفه . ويختلف دور العرف حسب الفرع الذى ينتمى إليه من فروع القانون ، وبحسب النظام القانونى .

(أ) العرف المكمل للتشريع :

تحيل المادة الأولى من القانون المدنى إلى العرف كمصدر رسمى للقانون يرجع إليه القاضى إذا لم يجد نصاً تشريعياً أو حكمًا فى الشريعة الاسلامية يحكم النزاع المعروض أمامه ، فالعرف يسد الفراغ التشريعى ، ويكمل ما فيه من نقص . ولا يجوز اللجوء إلى العرف إلا إذا لم يوجد نص تشريعى (١) .

مثال ذلك فى حالة العقود غير المسماه التى لم يرد لها تنظيم فى التشريع ، كعقد الاقامة فى الفندق ، ودخول الملاهى والمسارح . كذلك العرف المنظم للمسائل التجارية ، وأبرز مثل لها عمليات البنوك ، كفتح الحساب الجارى والاعتماد المستندى . ومن أمثلة العرف المكمل للتشريع ما تقضى به المحاكم من أن الأثاث الذى يوجد فى منزل الزوجية يعتبر مملوكاً للزوجة .

وتعبر المذكرة الايضاحية عن الدور المكمل للعرف

---

(١) نقض ١٩٧٧/٢/٢٣ س ٢٨ ص ١١٧ .

بقولها : أنه المصدرالذى يلى التشريع فى المرتبة ، فمن الواجب أن يلجأ إليه القاضى مباشرة إن افتقد النص ، فالعرف هو المصدر الشعبى الأصيل الذى يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التى يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استعصائها على النص . ولذلك ظل هذا المصدر وسيظل إلى جانب التشريع مصدراً تكميليًا خصباً لا يقف انتاجه عند حدود المعاملات التجارية بل يتناول المعاملات التي تسرى فى شأنها قواعد القانون المدنى وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء .

(ب) العرف المعاون للتشريع :

عند تنظيم التشريع لموضوع معين قد يقوم بالاحالة إلى العرف أو العادات لتحديد وتفسير وتفصيل بعض المسائل اللازمة لتطبيقه (١). وهنا يساعد العرف التشريع .

مثال ذلك احالة التشريع إلى العرف لتحديد مفهوم ملحقات الشئ المبيع . إذ ينص القانون المدنى على أن

(١) ولا يجوز اللجوء إلى العرف لتفسير التشريع طالما أمكن تفسيره من عباراته بصورة واضحة ، وفى هذا تقرر محكمة النقض بانه لا تثريب على محكمة الموضوع إذا هى رفضت الاستجابة إلى ما طلبه الطاعن من احالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت ما ادعاه من قيام عرف تجارى مبناه أن التعامل فى سوق البصل فى الاسكندرية يجرى على أساس معاينة المبيع وأن البيع لا يتم على مقتضى عينة خاصة – ذلك أن دفاع الطاعن فى هذا الخصوص لم يكن مبناه أن ثمة عرفاً تجارياً يناهض نصاً مفسراً وإنما مبناه أن هذا العرف هو الذى يتحدد به مراد الشارع فى نص المادة ٣٤ من القرار الوزارى رقم ٨١ لسنة ١٩٤٢ . وإذا كان هذا هو ما استهدفه الطاعن بطلب الاحالة إلى التحقيق فإنه لا حرج على محكمة الموضوع إذا هى التفتت عنه وأخذت فى تفسير ذلك النص بما تدل عليه عباراته الواضحة . نقض ١٥/١٠/١٩٥٩ س١٠ ص٥٦٧ .

التسليم يشمل ملحقات الشئ المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ وذلك طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين .

ومن ذلك أيضاً النص على تحمل المستأجر الترميمات التأجيرية أى البسيطة التى يقضى بها العرف مثل الخلل الذى قد يحدث بتوصيلات المياه والكهرباء وأعمال البياض داخل الشقة .

ومثال ذلك النص على أن العقد لا يقتصر على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً ما هو مستلزماته ، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام . والنص على أنه إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوافر مع أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقًا للعرف الجارى فى المعاملات . والنص على أنه إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم . وإذ قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة . والنص على أن البائع لا يضمن عيباً جرى العرف على التسامح فيه (١) .

---

(١) انظر فى ترتيب تلك الأمثلة المواد ٤٣٢ ، ٥٦٤ ، ١٤٨ ، ١٥٠ ، ٩٥ ، ٤٤٨ مدنى .

(جـ) العرف المخالف للتشريع :

قد يسمح التشريع مباشرة للعرف بأن يخالفه فى بعض المسائل الفرعية باعتباره أكثر اتفاقًا مع حاجات التعامل ومتطلبات الواقع فى هذا المجال .

ونتيجة لأن العرف يأتى فى المرتبة بعد التشريع ، فإنه لا يستطيع أن يخالف أو يلغى نصًا تشريعيًا آمراً فى نفس المجال (١) إلا إذا سمح هذا النص بذلك ، بخلاف التشريع الذى يمكن له أن يعدل العرف أو يلغيه .

ولكن العرف يستطيع أن يخالف قاعدة مكملة لأن طبيعة هذه القاعدة تسمح بذلك ، إذ هى لا تطبق إلا إذا لم يتفق الأفراد على ما يخالفها (٢) . والعرف يعتبر اتفاق ضمنى من

---

(١) وقضت المحكمة الادارية العليا بأنه يشترط لاعتبار العرف ملزماً للادارة أن يتوافرشرطان : أولاً : أن يكون العرف عاماً . وأن تطبقه الادارة بصفة دائمة بصورة منتظمة . فإذا اغفل هذا الشرط فلا يرتفع العمل الذى جرت على مقتضاه الادارة إلى مستوى العرف الملزم لها .

ثانياً : الا يكون العرف قد نشأ مخالفًا لنص قائم . وقد نص الشارع على العرف كمصدر رسمى للقانون غير أنه من حيث تدرج القاعدة القانونية يأتى فى المرتبة الثانية بعد التشريع ، ومن ثم فلا يجوز للعرف أن يخالف نصاً قائماً. ويندرج تحت ذلك العرف الناشئ من خطأ فى فهم القانون لا يمكن التعويل عليه . الادارية العليا ١٩٦٢/٢/٢٤ س٧ ص ٣٥٥ .

(٢) وينبغى الاشارة إلى أن اتفاق الأطراف يكون مفضلاً على العرف . وتقرر محكمة النقض بأنه لا يجوز للمتعاقد الاستناد إلى العرف للتحلل من التزامات يفرضها عليه التعاقد الذى تم بينه وبين الطرف الآخر فى العقد ، إذ لا يوجد ما يمنع من أن يتفق العاقدان على ما يخالف العرف التجارى ويكون اتفاقهما ملزماً . نقض ١٩٦٩/٦/١٢ س ١٠ ص ٩٢١

وإذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات . على أنه من المسلم به أنه ليس للقاضى =

قبل أفراد المجتمع على مسألة معينة . ومن الأمثلة على ذلك نص القانون على أن نفقات تسلم الشئ المبيع تكون على المشترى ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك . ومثال ذلك النص على أن الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سُلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

والنص على أنه يجوز للعرف التجارى أن يخالف القاعدة الآمرة التى تقضى بمنع الفوائد المركبة (١) . وبعدم جواز زيادة مجموع ما يتقاضاه الدائن من فوائد على رأس المال (٢) .

- فى تحرى نية العاقدين أن يرجع إلى العرف إلا إذا كان القانون لا يوجد فيه نص يحكم العقد أو كان العقد ليس فيه ما يكشف عن قصد المتعاقدين منه أو كان ذلك مبهماً فيه . نقض ١٩٤٠/٣/٢٨ مجموعة الخمس وعشرين سنة كاملة عقد رقم ٩٩.

(١) وتقرر محكمة النقض « بأن مفاد نص المادتين ٢٣٢ ، ٢٣٣ من القانون المدنى أن المشرع قد حرم تقاضى الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما تقضى به القواعد والعادات التجارية . كما أقر ما جرى عليه العرف من تجميد الفوائد دخل الحساب الجارى . وأضاف الحكم إلى ذلك أن صفة الحساب الجارى تزول عنه بعد اقفاله ويصبح الرصيد ديناً عادياً مما لا يجوز معه وفقاً للمادة ٢٣٢- من القانون المدنى تقاضى فوائد مركبة عنه ولو اتفق على ذلك الطرفان لأن تحريم الفوائد المركبة من النظام العام مما لا يصح معه الاتفاق على مخالفته ولا يستثنى من ذلك إلا ما تقضى به القواعد والعادات التجارية » نقض ١٩٧٦/٣/٢٩ س ٢٧ ص ٧٨٨ .

(٢١) وتحدد محكمة النقض المقصود بالعادة التجارية التى تعنيها الفقرة الأخيرة من المادة ٢٣٢ مدنى بأنه ما اعتاده المتعاملون ودرجوا على اتباعه بحكم ما استقر من أوضاع وسنن فى التعامل ، فيكفى العادة التجارية أن تكون معبرة عن سنة مستقرة ، ولا يشترط أن تكون هذه السنة مخالفة لأحكام القانون ، وقررت أن استدلال الحكم على قيام عادة تجارية تجيز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وعلى تجاوز مجموع الفوائد لرأس المال بأن العادة التجارية تثبت بكافة طرق الاثبات . ومن ذلك ما كان مستمداً من -

(د) دور العرف فى مختلف فروع القانون :

يختلف دور العرف وأهميته من فرع إلى أخر من فروع القانون . إذ ينتفى دور العرف فى القانون الجنائى نظراً لقيامه على المبدأ القائل « لا عقوبة ولا جريمة إلا بنص ».(١) بينما يتضاءل فى القانون المدنى . إلا أنه يلعب دوراً هاماً فى القانون الدستورى والقانون الدولى العام والقانون الادارى والقانون التجارى .

ففى القانون الدولى العام لا زالت معظم قواعده ذات طبيعة عرفية تتمثل فيما يسير عليه العمل بانتظام فى الجماعة الدولية سواء فى علاقات الدول فيما بينها أو فى علاقاتها بالمنظمات الدولية .

ويلعب العرف دوراً هامًا فى القانون التجارى وذلك لأن التشريع لا يغطى كل العلاقات التجارية نظراً لما تتسم به من تنوع وتطور وسرعة . ومن أمثلة العرف التجارى تحديد أجر السمسار بمقدار ٢,٥٪ ، وافتراض التضامن بين المدينين بدين تجارى ، أى أن الدائن يستطيع أن يطالب أياً

= طبيعة العمل نفسه وخصائصه وأن القروض طويلة الأجل هى من صميم أعمال البنوك ، وجريان العادة منذ نشوء الائتمان العقارى على اقتضاء فوائد تزيد على رأس المال ، إنما هو استدلال لا عيب فيه . نقض ١٩٦٣/٦/٢٧ س ١٤ ص ٩٤٦ .

(١) مثال ذلك ما قررته محكمة النقض بأنه « لا محل للقول بأنه لا توجد لوائح تقضى بأن يلتزم سائق السيارة على اليمين فى اجتياز الميدان وأن يدور حوله ، فإن العرف جرى بأن يلتزم سائقو السيارات الجانب الأيمن من الطرق دائمًا . ومخالفة هذا العرف تتحقق بها مخالفة لائحة السيارات التى تنص على أنه يجوز سوق السيارات بسرعة أو بكيفية ينجم عنها بحسب ظروف الأحوال خطر ما على حياة الجمهور أو ممتلكاته » نقض جنائى ١٩٤٨/٤/٦ المحاماة س ٢٩ ص ٧١٧ .

منهم بكل الدين ويستطيع من يؤدى الدين الرجوع على شركائه فى الدين ، ولا يمكن الاحتجاج بالدفوع على حامل الورقة التجارية حسن النية .

ويلعب العرف دوراً محدوداً فى القانون المدنى ، ودوراً أكثير أهمية فى القانون الادارى .

(هـ) دور العرف فى القانون المقارن :

إذا نظرنا إلى النظم القانونية الحديثة ، وجدنا أن العرف ، شأن سائر مصادر القانون ، يختلف منزلةً باختلاف النظام الاجتماعى والاقتصادى والظروف التاريخية الخاصة بكل بلد . وكقاعدة عامة يتضاءل دور العرف مع ازدياد حركة التشريع إزاء تنوع وتشعب حركة الحياة فى العصر الحاضر ، وما تقتضيه من سرعة وتفصيل ودقة لمواجهة ما يستجد من مشاكل وما يطرأ من مستجدات .

ففى ألمانيا وفرنسا تمتع العرف بمكانة تاريخية هامة تضاءلت مع دخول حركة التقنين وسيادة التشريع ، ولا زال العرف يلعب دوراً احتياطياً ومساعداً للتشريع ، ويبدو هذا الدور بوضوح فى المسائل التجارية .

وفى انجلترا ، نتيجة للظروف التاريخية لنشأة القانون الانجليزى على يد محاكم الملك ، وعدم وجود قانون مكتوب ، احتل العرف مكانة هامة . ولكن نظراً لوجود نظام السوابق القضائية ، فإن أحكام القضاء امتصت العرف وسجلته كجزء من الشريعة العامة ، وأصبحت تلك الأحكام هى المصدر القانونى الهام ، ولم يبق هناك من مجال سوى للعرف المحلى ، الذى يقوم بدور محدود كمصدر للقانون .

المبحث الثالث

اثبات العرف ورقابة محكمة النقض

المطلب الأول

اثبات العرف والعادة وتطبيقهما

(أ) العادة الاتفاقية :

١- رأينا أن **العادة الاتفاقية** هى سلوك يستقر الناس على اتباعه مدة من الزمن دون الاستناد إلى عقيدة الزامية بوجوب مراعاتها واحترامها ، فهى مجرد سنة مضطردة فى العمل ينقصها ركن الاعتقاد باللزوم . وهكذا فالعادة عرف ناقص ، فإذا استمر الناس مدة طويلة فى العمل بقاعدة معينة ، ولكن الشعور بضرورة احترامها لم يتوافر لديهم ، لم يكن هناك عرف ، بل مجرد عادة .

يتضح من ذلك أن العادة ليست قانوناً ولا تتضمن قاعدة قانونية ، ولا تطبق إلا إذا اتفق الأفراد على اتباع حكمها . فهى ليست ملزمة بذاتها ، بل تستمد الزامها من ارادة واتفاق الأطراف بقبول اتباع هذه العادة . والاتفاق على اتباع حكم العادة قد يتم بصورة صريحة بين الأطراف ، وقد يقع الاتفاق على اتباع العادة ضمناً ، أى يتضح هذا الاتفاق من ظروف التعاقد وملابساته . ويمكن أن يستشف تراضى الأطراف ضمنيًا على الأخذ بالعادة من مجرد علمهما بوجودها . ويفترض هذا العلم من شيوع العادة وجريان الناس عليها .

ونظراً لأن العادة ليست قانوناً فإن القاضى لا يطبقها من

تلقاء نفسه ، بل ينبغى على الأفراد التمسك بتطبيقها (١) . ولا يجوز للمحكمة أن تطبق العادة الاتفاقية إلا إذا طلب منها أحد الخصوم ذلك بشرط أن يثبت اتجاه قصد الأطراف إلى اعمال حكمها صراحة أو ضمناً ، وأن يقيم الدليل على وجود مثل هذه العادة . أى أن عبء اثبات العادة يقع على عاتق صاحب المصلحة . لذا قضى بأنه متى كان الطاعن يدعى قيام العادة بين الشركة وموظفيها على العمل فى الخارج وفى غير أوقات العمل لديها ، فإن عليه هو لا على الشركة اثبات وجودها واثبات أن المتعاقدين كليهما قد قصدا الالتزام بها واتباعها (١) .

والعادة الاتفاقية هى مجرد واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات . ويتمتع قاضى الموضوع بسلطة تقديرية كاملة

---

(١) فالقاضى ينبغى أن يبحث عن القواعد القانونية من تلقاء نفسه ، ويطبقها على الواقع المعروض عليه. فهو المكلف بتفسير القانون وتطبيقه تطبيقاً صحيحاً . إن تطبيق القانون على وجهه الصحيح لا يحتاج إلى طلب من الخصوم ، بل هو واجب القاضى الذى عليه ، ومن تلقاء نفسه، ان يبحث عن الحكم القانونى المنطبق على الواقعة المطروحة عليه وأن ينزل هذا الحكم عليها : نقض ١٩٨٢/٢/١٨ ص ٣٣ ص ٢٦١. وينطبق ذلك المبدأ على كل من التشريع والعرف . ولكن نظراً لصعوبة التعرف على العرف فيمكن للخصوم مساعدة القاضى فى ذلك . ويتعين على من يتمسك بالعادة الاتفاقية عبء اثباتها ، ونفس الحكم بالنسبة للقانون الأجنبى . وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها : التمسك بتشريع اجنبى أمام محكمة النقض لايعدو أن يكون مجرد واقعة يجب اقامة الدليل عليها ولا يغنى فى اثباتها تقديم صورة عرفية تحوى أحكام هذا التشريع . (الطعن ٤٠٨ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٥/٧/٧) .
أستناد المحكمة إلى فتوى صادرة من المعهد اليونانى للقانون الدولى كعنصر من عناصر البحث التى استأنست بها لتعرف الرأى السديد فى تأويل نصوص القانون اليونانى لا يعتبر تخلياً منها عن وظيفتها . (الطعن ٢٣ لسنة ٢٧ق ؛ احوال شخصية ؛ جلسة ١٩٥٩/٤/٢ س ٥٠ ص ٣٣١) .

(١) نقض ١٩٦٢/٥/٢٢ س ١٣ ص ٢٤٨ .

فى اثبات العادة بوصفها عنصراً من عناصر الواقع ، دون الخضوع فى ذلك لرقابة محكمة النقض (١) .

(ب) العرف :

أما العرف فهو كالقانون المكتوب سواء بسواء ، فالقاعدة العرفية كالقاعدة التى ينص عليها التشريع تلزم الناس ولا يجوز لهم الاحتجاج بجهلها ، وذلك أن العرف قانون ولا يعذر أحد بجهله القانون ، ويطبق على الناس ولو لم يعلموا به ، وإن كان من الصعب تصور قيام عرف لا يعلم الناس به لأنه سلوك تلقائى شائع بين الناس يقومون باتباعه مع الاعتقاد بالزامه.

ويترتب على ذلك أن المتخاصمين لا يلزمون باثبات وجود العرف ، لأنه قانون ويفترض فى القاضى أن يعلم به ، ذلك أن واجبه أن يكون ملمًا بالقانون أيًا كان مصدره . فالمفروض فى القاضى العلم بالقواعد القانونية بما فى ذلك القواعد العرفية . ويجب على المحكمة أن تطبق العرف من تلقاء نفسها حتى ولو لم يثبته أو لم يتمسك به الخصم طالما لم يوجد تشريع يحكم النزاع المعروض عليه ، وإذا تخلف القاضى عن ذلك اعتبر مخطئًا فى تطبيق القانون .

ولا يمكن انكار الصعوبة العملية التى قد يجدها القاضى فى التثبت من قيام العرف بالمقارنة بالتشريع . فالتشريع

(١) وقضت محكمة النقض بأن العادات التجارية تعتبر من مسائل الواقع التى يترك أمر التثبت منها لقاضى الموضوع . فإذا كانت الطاعنة لم تقدم ما يفيد سبق تمسكها أمام محكمة الموضوع بما يستدل منه على قيام عرف تجارى باحتساب سعر الفوائد التعويضية بواقع ٦,٥٪ إذا لم يتفق الطرفان على تحديدها فإنه لا يجوز اثارة هذه المسألة لأول مرة أمام محكمة النقض . نقض ١٩٦٦/٢/٢٢ س ١٧ ص ٣٥٧ .

يصدر فى وثيقة مكتوبة لذا يسهل علم القاضى به والتعرف عليه . أما العرف فسنة متواترة يجرى العمل عليها فى الجماعة . وقد يصعب على القاضى العلم الكامل والاحاطة التامة بالعرف وتبين أركانه ، خاصة بالنسبة للعرف الطائفى أو المحلى الذى يختلف باختلاف الطوائف والمناطق . لذلك يجوز للقاضى أن يطلب من الخصوم معاونته فى اثبات العرف . بل أن الخصم صاحب المصلحة الذى يتمسك بالعرف هو الذى يبادر ، غالباً ، بتقديم الدليل على وجود القاعدة العرفية المراد تطبيقها .

ولكن ينبغى ملاحظة أن مجرد عجز الخصم عن اثبات العرف لا يعد فى ذاته سببًا كافياً لرفض الأخذ بالعرف . فيجدر بالقاضى أن يتحرى بنفسه قيام العرف وتوافر ركنيه وأن يثبت ذلك فى حكمه مع بيان الأسباب المؤدية لما أخذ به . وإذا رفض القاضى تطبيق العرف وجب أن يكون هذا الرفض مبنيًا على الاقتناع بعدم قيام هذا العرف . مثال ذلك ما قضت به محكمة النقض بأنه ليس من الثابت وجود عرف مستقر يقضى بوجود وكالة ضمنية من الزوجة لزوجها بمجرد قيام الزوجية . أى أنه لا يوجد عرف فى مصر على أن الزوج هو وكيل عن زوجته فى معاملاتها لمجرد كونه زوجاً (١) .

ونظراً لأن اثبات العرف يتعلق بوجود قاعدة قانونية ، فأنه لا يجوز التعويل على الاقرار أو اليمين لأن القانون لا يثبت عن طريقهما ، وإنما يجوز اثبات العرف عن طريق السوابق

---

(١) نقض ١٩٥٢/٣/٦ مجموعة الخمس وعشرين عاماً ، وكالة رقم ٦ .

العملية أو القضائية أو شهادة ذوى الخبرة . فيمكن اثبات العرف التجارى عن طريق شهادة من الغرفة التجارية مثلاً ، وقد تلجأ المحكمة إلى أهل النقابات المهنية فى اثبات العرف المهنى . ويجوز للقاضى ندب خبير للتحقق من وجود العرف .

المطلب الثانى

رقابة محكمة النقض لقيام العرف وتطبيقه

من المتفق عليه أن قاضى الموضوع يتمتع بسلطة تقديرية كاملة فى كل ما يتعلق بالعادات الاتفاقية من حيث التثبت من قيامها أو من حيث تفسيرها وتطبيقها ، وهو لا يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض .

أما بالنسبة للعرف فقد استقرت محكمة النقض على التفرقة بين أمرين : التحقق من قيام العرف من جهة ، وصحة تطبيقه من جهة أخرى .

(أ) التحقق من قيام العرف :

استقر قضاء محكمة النقض على أن تحرى العرف فى ذاته والتثبت من قيامه يعتبر من أمور الموضوع التى لا تخضع لرقابة محكمة النقض . ومن ثم فإن المنازعة فيه تعتبر من قبيل الجدل الموضوعى الذى لا يجوز اثارته لأول مرة أمام محكمة النقض . بل ينبغى التمسك به أمام محكمة الموضوع حتى يمكنها التثبت من أمر قيام العرف (١) .

---

(١) نقض ١٩٧٥/٥/٢٧ س ٢٦ ص ٢٢٨ وقد جاء فيه « ... وإذا يبين من الأوراق أن الطاعن لم يدع قيام عرف أمام محكمة الموضوع فيما يثيره بسبب النقض ، فإن النعى على الحكم بمخالفة العرف التجارى يكون فى غير محل .

وتطبيقًا لذلك قضت محكمة النقض بأنه متى كان الطاعن لم يدع أمام محكمة الموضوع بوجود عرف يمنع أن يتقاضى ابن فوائد من والدته وشقيقته فإنه لا يجوز التحدى بهذا العرف لأول مرة أمام محكمة النقض (١) . وقضت كذلك بأنه إذا انتهى الحكم المطعون فيه فى حدود سلطته الموضوعية إلى الاعتداد بعقد العمل محدد المدة وإلى نفى وجود عرف يلزم رب العمل بأداء منحة كجزء من أجرة ، بأدلة سائغة تؤدى إلى ما انتهى إليه ، فإن ما يثيره العامل فى هذا الصدد لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً لا يصح طرحه أمام محكمة النقض (٢).وقضت كذلك أنه إذا كانت الأوراق خلواً مما يثبت أن الطاعن قدم أمام محكمة الموضوع ما يدل على أن العرف قد جرى فى مدينة الاسكندرية على اعتبار شهر أكتوبر من أشهر الصيف التى يباح فيها التأجير من الباطن ، ومن ثم فلا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض (٣) .

ويبدو أن قضاء النقض السابق قد صدر انطلاقًا من الضرورات العملية التى تجعل من الصعب على القاضى التثبت من قيام العرف والتحقق من شروطه . ودور القاضى فى هذا الشأن يتصل بالواقع . ومن ثم فإن محكمة النقض اعتبرت أن الأمر يتعلق بالموضوع ويصعب عليها أمام عدد وجود صياغة لفظية للقاعدة العرفية مراقبة وجودها وتفسيرها .

---

(٢) نقض ٥/٢/١٩٧٥ س ٢٦ ص ٣٣١ .

(٣) نقض ٢٢/٤/١٩٧٢ س ٢٣ ص ٧٥٦ .

(٤) نقض ٢٠/١٢/١٩٨٠ الطعن رقم ٤٩ س ٥٠ق .

ينتقد الفقه هذا القضاء لأن التثبت من قيام العرف يعتبر مسألة قانونية ينبغي أن يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض ، فالعرف قاعدة قانونية يخضع قاضي الموضوع عند تثبته من وجودها لرقابة محكمة النقض . والقاعدة العرفية باعتبارها مصدراً للقانون أحوج لرقابة محكمة النقض من القاعدة التشريعية ولا يعقل أن يكون التأكد من وجود العرف مسألة موضوعية تختلف بشأنها محاكم الموضوع دون تدخل من محكمة النقض .

(ب) رقابة تطبيق العرف :

اعتبرت محكمة النقض أن تطبيق العرف مسألة قانونية ويخضع بالتالي لرقابة محكمة النقض . وقضت بأنه وإن كان التثبت من قيام العرف متروكاً لقاضي الموضوع إلا أنه لا يعفى من بيان دليله على قيامه والمصدر الذى استقى منه ذلك إذا نازع أحد الخصوم في وجود العرف ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قرر بوجود عرف يقضي بأن يكون المؤجل من أتعاب المحامين معادلاً للمعجل منها دون أن يذكر دليل وجوده أو المصدر الذى استقى منه ذلك رغم أن الطاعن قد أنكر وجود هذا العرف ، يكون قد خالف القانون (١) .

وقضت كذلك بأنه متى أقام الحكم المطعون فيه قضاءه على وجود عرف يقضي بأن يكون تاريخ استحقاق الأجرة سابقاً على تاريخ انتهاء الايجار دون أن تتثبت المحكمة من قيام ذلك العرف أو تبين مصدره وذلك على الرغم من تمسك الطاعن بوجود عرف يقضي باستحقاق الأجرة عند انتهاء

---

(١) نقض ١٩٦٩/١٢/٢٥ س٢٠ ص ١٣٥٦ .

الايجار وبعد جمع المحصول فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً مما يوجب نقضه (١) .

يتضح من ذلك القضاء أن محكمة النقض وإن كانت لا تراقب قاضى الموضوع فى التحقق من وجود العرف إلا أنها تتطلب منه أن يبين فى حكمه دليله على قيام العرف والمصدر الذى استقى منه ذلك والسند الذى استند إليه فى هذا الشأن . ومن جهة أخرى فإنه ليس لقاضى الموضوع أن يمتنع عن تطبيق عرف متى ثبت لديه وجوده .

---

(١) نقض ١٩٦٦/٤/٢١ س ١٧ ص ٨٩٤ .

المبحث الرابع

تقدير العرف وأساس الزامه

المطلب الأول

تقدير العرف

إن قيمة العرف لا تتضح إلا على ضوء المقارنة بمكانة التشريع . فالمزايا التى تنسب للعرف هى فى ذات الوقت عيوب فى التشريع . وعيوب العرف هى مزايا التشريع .

(أ) مزايا العرف :

١- العرف هو المصدر الشعبى الأصيل للقانون ، فهو ينشأ تلقائيًا بالتدريج من اعتياد الناس على سلوك معين واعتقادهم بالزامه ، لذا فهو يتفق مع ظروف الجماعة ورغباتها تعبيراً صادقًا عن الارادة الحقيقية فيها . وذلك بعكس التشريع الذى قد يتم وضعه بطريقة غير ملائمة لظروف المجتمع .

٢- يتطور العرف بصفة تلقائية تبعاً لتغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية ، فهو جزء من حياة المجتمع يتغير بتغيرها ونزول قواعده التى لم تعد ملائمة للواقع الجديد فيها . أما التشريع فقد يتأخر تعديله فيصبح غير ملائم للظروف الاجتماعية .

٣- يعجز التشريع عن تغطية كافة مسائل الحياة فى المجتمع ، ويصعب على المشرع مواجهة الكثير من الأمور التى تتفاوت من بيئة لأخرى ومكان لآخر . لذلك فإن العرف

هو الذى يقوم بسد ذلك النقص فى التشريع ، ويبدو ذلك بوضوح فى المسائل التجارية التى تتسم بالتشعب والتغير المستمر .

(ب) عيوب العرف :

١- العرف بطئ فى نشأته وتطوره حيث يحتاج زمناً طويلاً لميلاده وتغيره ، ولا يمكن الاعتماد عليه لمواجهة المشاكل الحاسمة فى المجتمع المعاصر ، أو تعديل بعض الأوضاع الغير ملائمة . أما التشريع فهو الأداة المناسبة لأحداث التغييرات السريعة وتوجيه أمور الجماعة .

٢- يصعب التحقق من وجود القاعدة العرفية والتثبت من مضمونها لأنها غير مكتوبة ويؤدى ذلك إلى عدم استقرار المعاملات واضطرابها .

٣- يتسم العرف ، غالباً ، بالطابع المحلى أو الطائفى ، أى أنه يختلف باختلاف الأقاليم والمهن والوظائف ، ويؤدى ذلك إلى تعدد القواعد المطبقة ، فى نفس الموضوع ، فى الدولة ، مما يعوق وحدة النظام فى الجماعة وتوحيد النظام القانونى فيها ، ولا شك أن ذلك يؤثر سلبًا على الوحدة الوطنية .

أدت هذه العيوب إلى تفوق التشريع كمصدر رئيسى للتشريع فى المجتمعات الحديثة ، إلا أن العرف ظل محتفظاً بطابعه الحيوى كمصدر للقانون إلى جانب التشريع ، فى كثير من المسائل والموضوعات .

المطلب الثاني

أساس قوة العرف الملزمة

ينشأ العرف بتوافر ركنيه المادى والمعنوى أى من اتباع الناس لسلوك معين بطريقة متواترة حتى ينشأ لديهم الاعتقاد بالزامه . ويثور التساؤل عن أساس نشأة الاعتقاد بالالزام ، أى ما هو سبب القوة الملزمة للعرف ، وما هو الأساس فى اعتبار العرف مصدراً رسمياً للقانون ؟ .

اختلفت الآراء وتعددت النظريات بصدد الاجابة على هذا التساؤل:

(أ) تأسيس الزام العرف على ارادة السلطة العامة :

يرى البعض أن العرف يستمد قوته الملزمة من ارادة السلطة العامة ، فهى التى ترضى عنه وتسمح بأعماله وتكفل احترامه بوسائلها المادية . فالعرف يعتبر بذلك تعبيراً عن الارادة الضمنية للمشرع ، كما يعتبر التشريع ارادته الصريحة .

تقوم هذه النظرية على أساس المذهب الشكلى فى تصوير القانون ، ومفهوم هذا المذهب هو أن ارادة المشرع هى المصدر الوحيد للقانون ، فالقانون وليد ارادة صاحب السلطان فى الدولة ، فرداً كان أو هيئة . والعرف هو تشريع ضمنى صادر عن الارادة الضمنية للمشرع .

والواقع إننا أمام نظرية قديمة تبناها فقهاء القانون الكنسى لترسيخ قوة الرئيس الأعلى للكنيسة والنظم الملكية الاستبدادية كمصدر وحيد للقانون . تخلط هذه النظرية بين

العرف والتشريع ، إلا أنه من المسلم به أن العرف أسبق فى الوجود من التشريع ، وهو ينشأ تلقائيًا بعيداً عن ارادة السلطة ، ويتمتع بقوة ذاتية .

(ب) تأسيس القوة الملزمة للعرف على أحكام القضاء :

وترى هذه النظرية إن العرف يستمد قوته الملزمة من اقرار المحاكم له فى قضائها . فالعرف لا ينشأ تلقائياً . بل أن القضاء هو الذى يخلقه بما يضفيه عليه من قوة الزامية وذلك بتطبيقه على ما يرفع إليه من منازعات .

وتحظى هذه النظرية بالتأييد فى ظل نظام السوابق القضائية المقرر فى القانون الانجليزى ، إلا أنها غير صحيحة ، حيث توجد بعض القواعد العرفية التى نشأت دون حاجة إلى تدخل القضاء كالقواعد الأساسية للنظم الملكية وقواعد العرف المهنى . والواقع أن القضاء يطبق القانون الموجود أياً كان مصدره ، والقاضى لا يخلق القاعدة العرفية بل يطبقها لأنها موجودة وملزمة .

(جـ) تأسيس القوة الملزمة للعرف على الضمير الجماعى :

يرى أنصار المذهب التاريخى فى تصوير القانون أن العرف يستمد قوته من المصدر الحقيقى للقانون الا وهو الضمير الجماعى أو ضمير الشعب ، لذلك فإن العرف لا يستمد قوته من التشريع بل هو أسمى منه لأنه أقرب إلى روح الأمة . فالعرف ينشأ تلقائيًا من عادات درج الناس عليها وأجمعوا على الاعتقاد فى لزومها .

الواقع أنه يصعب قبول المذهب التاريخى الذى يجعل من ضمير الشعب المصدر الوحيد للقانون ، وأن القانون يوجد

نافذاً قبل الكشف عنه بواسطة التشريع أو العرف ، لأن فكرة الضمير الجماعى فكرة غامضة ومن الصعب أن يتحدد على أساسها القانون المطبق فى الدولة .

(د) الخلاصة :

الواقع أنه لا يمكن انكار فضل المذاهب السابقة فى تحليل القوة الملزمة للعرف ، خاصة وأن كل مذهب قد أدى دوراً هاماً فى الظروف التاريخية والاجتماعية التى ولد فيها ، ومن ثم فإن تلك الأفكار ، وأن لم يصلح كل منها فى تقديم المبرر الكافى لالزام العرف ، إلا أنها تصادف جانباً من الحقيقة فى هذا المقام .

فمما لا شك فيه أن العرف يعبر بصدق عن ارادة الجماعة ويعد انعكاساً للضمير الجماعى فيها ، إلا أن هذا الضمير لا ينشئ العرف ، بل لابد من ارادة واعية لخلقه . فالعرف يبدأ بسلوك ارادى من فرد أو مجموعة من الأفراد ثم يستمر وينتشر فى الجماعة ، فالعرف وليد الارادة الواعية فى الجماعة . وتتمثل هذه الارادة فى القائمين على أمر المهنة أو الحرفة أو البيئة أو المكان بحسب ما جرى عليه العمل . تقوم تلك الفئة باعتماد سلوك معين وتعتقد فى وجوب الزامه وعدم الخروج عليه ثم يمتد ذلك الاعتقاد لدى أفراد الجماعة .

ولا شك أن العرف يتأثر بالوسط الاجتماعى الذى يوجد فيه من جهة ، والهيكل التنظيمى للمجتمع من جهة أخرى . تزداد أهمية العرف فى المجتمعات التقليدية وتقل مكانته فى المجتمع المنظم الذى يبرز فيه دور السلطة ويزداد تدخلها فى تنظيم أحكامه . ويؤكد ذلك أن العرف يعتبر مصدراً مستقلاً للقانون بعيداً عن التشريع ، إلا أنه لا يمكن انكار

العلاقة بينهما حيث يلعب العرف دوراً هاماً في معاونة التشريع وتكملة ما ينقصه من قواعد ، بل أن المشرع كثيراً ما يستمد تشريعاته من العرف ويحيل إليه صراحة بصدد بعض المسائل التي يراه أكثر قدرة وملائمة على معالجتها .

وأخيراً فإنه لا يمكن بحال من الأحوال انكار دور القضاء في مجال العرف . فكثيراً ما يؤدي استقرار المحاكم على أمر معين في المسألة إلى التمهيد لخلق العرف ، حيث يجري الأفراد على تنظيم أمورهم طبقًا لما يستقر عليه القضاء ثم يتولد الشعور لدى القادة بوجوب احترامه ويمتد الاحساس بالزامه لدى كافة الناس . ومن جهة أخرى فإن القضاء يلعب دوراً هاماً في تحديد مضمون القواعد العرفية واثباتها . فالقاعدة العرفية تتكون تلقائياً بالتدريج داخل الجماعة وهي غير مكتوبة مما قد يثير الشك حول وجودها والنزاع بصدد مضمونها. يؤدي تطبيق المحاكم للعرف إلى تأكيده ، وتدعيمه وإزالة كل لبس حول مضمونه .

المبحث الخامس

العرف في الشريعة الاسلامية

(أ) المقصود بالعرف :

العرف فى الشريعة الاسلامية هو ما تعارفه الناس واستقامت عليه أمورهم من قول أو فعل أو ترك . وينقسم العرف إلى عرف عملى كتعجيل بعض المهر وتأجيل بعضه . وعرف قولى كاطلاق الولد على الذكر دون الأنثى واطلاق الضعف على المثلين مع أن الضعف فى كلام العرب ، فى الأصل ، هو المثل . وينقسم العرف أيضاً إلى عرف عام وهو ما يتعارفه الناس جميعاً فى عصر من العصور ، وعرف خاص وهو ما يتعارفه أهل طائفة معينة أو أهل بلد معين .

(ب) حجية العرف :

يستدل علماء الشريعة على حجية العرف كدليل لبناء الأحكام الفقهية بالأدلة الآتية :

١- قوله الله تعالى : (خذ العفو وأمر بالعرف) ، (وما جعل عليكم فى الدين من حرج) ، فينبغى فى تشريع الأحكام مراعاة ما اعتاده الناس ومنطق الفطرة السليمة والعقول الناضجة حتى لا يقع الناس فى حرج .

٢- قول الرسول ﷺ : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » ، وقوله لهند زوج أبى سفيان ، حينما اشتكت إليه بخل زوجها عليها بالنفقة « خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف » .

٣- « إن جريان عرف الناس على أمر من الأمور دليل

على أن فى العمل به مصلحة لهم ، أو رفع حرج عنهم . والمصلحة دليل شرعى كما أن رفع الحرج مقصد شرعى ، وهو نوع من أنواع المصلحة . وقد جاء الاسلام فأقر الصالح مما تعارف عليه العرب » . وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى الاحتجاج بالعرف . وقد جرى على السنة العلماء قولهم : العادة شريعة محكمة - الثابت بالعرف كالثابت بالنص - المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا - الحقيقة تترك بدلالة الاستعمال والعادة .

(جـ) شروط العمل بالعرف :

والعرف الذى يصلح كأساس لبعض الأحكام الشرعية هو العرف الصحيح ، فالعرف الصحيح يكون مرجع المجتهد فى اجتهاده وفتواه ومرجع القاضى فى قضائه ، والعرف على هذا النحو هو ما توافرت فيه الشروط الآتية :

١- لا يخالف العرف نصاً قطعياً من كتاب أو سنة .

٢- أن يكون العرف مطرداً اى يجرى عليه الأمر فى جميع الوقائع ، أو أن يكون غالباً اى يجرى عليه العمل فى أكثرها ، أما العرف المشترك الذى يتساوى مع عرف آخر فلا يعمل به ولا يبنى عليه الحكم.

٣- لا يخالف العرف نصاً أو شرطاً فى العقد ، فإذا وجد نص أو شرط لأحد المتعاقدين وجب العمل به ما دام صحيحاً ، ولا يعتد بالعرف طالما وجد اتفاق مخالف .

٤- أن يكون العرف سابقاً ومقارناً لزمن الشئ المحمول على العرف ، فلا عبرة بالعرف الطارئ المتأخر ، وتبنى الأحكام على العرف القائم فى عصر أهله . فإذا أريد الاحتكام ، إلى العرف بصدد تصرف معين فإنه لا يعتد إلا

بالعرف المعاصر لذلك التصرف .

(د) مقارنة العرف الشرعى بالعرف فى القانون :

إن العرف فى القانون الوضعى هو اعتياد الناس على سلوك معين مع وجود الاعتقاد بالزامه ووجوب احترامه . أما العرف فى الشريعة الاسلامية فيتمثل فى الاعتياد على سلوك معين من قبل كل الناس أو طائفة أو جماعة تتحدد بمكان أو مهنة معينة ، ولا يشترط فقهاء الشريعة الاسلامية لقيام العرف توافر الاعتقاد بالزامه ، وأساس حجية العرف لديهم هو ما يمثله من مصلحة راجحة ضرورية للناس ، فهو تعبير عن المصالح المشروعة فى الشريعة ويأتى هذا التعبير من اجماع الناس عليه فى تعاملاتهم .

فالعرف فى القانون يستمد قوته من كونه تعبيراً عن ارادة الأمة فى وجوب الالتزام بحكمه أما فى الشريعة فيستمد العرف حجيته من كونه تعبيراً عن المصلحة التى تبنى عليها الأحكام ، وتستمد الأحكام الزامها من وجود قوة عليا بها هى قوة الله سبحانه وتعالى الذى يفرض كل ما فيه مصلحة العباد ، سواء إعتاد عليها الناس أم لم لا .

ونظراً لأن فقهاء الشريعة لا يشترطون لقيام العرف وجوب توافر الاعتقاد فى الزام السلوك الذى اعتاد عليه الناس ، فأنهم لا يفرقون بين العرف والعادة خلافاً لما يستقر عليه رجال القانون ، والسبب فى ذلك هو اختلاف النظرة إلى أساس حجية العرف لدى كل من الفريقين كما رأينا .

يستند العرف فى الشريعة الاسلامية إلى المصلحة إلا أنه ، مع ذلك ، يتميز عنها كمصدر مستقل للأحكام ، فإذا لم

يجد الفقيه حكمًا ، للمسألة المطروحة أمامه ، فى الأدلة الشرعية وانتهى به المطاف إلى المصلحة ليجد فيها ضالته ، فإنه يوازن بين منافع الفعل ومضاره ليقدر الأصلح بشأنه . أما إن كان هناك عرف بشأن مثل هذه المسألة ، فهذا العرف بذاته يدل على أن تلك المسألة تحقق مصلحة الناس بدليل اعتيادهم عليها . ويستند المجتهد إلى هذا العرف فى حكمه طالما تأكد من أنه عرف صحيح .

ويلاحظ أن الأحكام المبنية على العرف تتغير فى الزمان والمكان ، بسبب اختلاف العادات والبيئات فى الأزمنة والأقطار المختلفة . لذلك فإن الحكم المبنى على العرف لا تكون له صفة الدوام ولا قوة الحكم المستند إلى القرآن الكريم أو السنة الشريفة أو الاجماع . فالحكم المستند إلى العرف يتغير بتغيره ، والأحكام التى بناها الفقهاء على العرف السائد فى زمانهم قد تصلح أو لا تصلح للفتوى بها فى عصرنا الحاضر بسبب تجدد العرف .

الفصل الرابع

مبادئ القانون الطبيعى

وقواعد العدالة

(أ) مفهوم :

طبقاً لنص المادة الأولى من القانون المدنى المصرى تعتبر مبادئ القانون الطبيعى principes du droit naturel وقواعد العدالة régles de l'équite مصدراً احتياطيًا يلجأ إليه القاضى فى النهاية إذا لم يجد نصاً تشريعياً أو عرفياً أو لم يجد فى مبادي الشريعة الاسلامية حلاً للنزاع المعروض عليه (١) .

---

(١) إذا كان القانون المدنى المصرى قد خلا من نصوص خاصة بالدوطة ففى وسع المحاكم المدنية ، عملاً بالمادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، أن تتبع قواعد القانون أو قواعد العدالة والقانون الطبيعى والعرف الجارى بين الناس . (الطعن ٥ لسنة ١٣ق - جلسة ١٩٤٣/٥/٢٧) .

مؤدى نص المادة ١٦ فقرة أولى من القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ فى شأن التوفيق والتحكيم فى منازعات العمل أن هيئة الحكيم ملزمة أصلاً بتطبيق أحكام القوانين واللوائح فيما يعرض عليها من منازعات بين أرباب الأعمال والعمال وأن لها بجانب هذا الأصل رخصة أجازها لها القانون هى أن تستند إلى العرف ومبادئ العدالة فى اجالة العمال إلى بعض مطالبهم التى لا ترتكن إلى حقوق مقررة لهم فى القانون ، وذلك وفقًا للحالة الاقتصادية والاجتماعية العامة فى المنطقة . (الطعن ٤١٥ لسنة ٢٥ق -جلسة ١٩٦٠/١/١٤ س ١١ ص ٦٦) .

إذا كان النزاع مما ينتهى بالوفاة كما فى دعاوى التطليق والطاعة والحضانة والضم ، وكان اغفال هذا التنظيم نقصاً تشريعياً يوجب على القاضى تكملته بالالتجاء إلى المصادر التى نصت عليها المادة الأولى من القانون المدنى ومنها قواعد العدالة ، فإن الحل العادل فى حالة حسم المنازعة صلحًا أن يقضى فيها بانتهاء الخصومة . (الطعن ٤٨٣ لسنة ٤٢ق -جلسة ١٩٨١/١/٣٠) .

يتمثل القانون الطبيعي في القواعد التي يستخلصها العقل البشري من طبيعة الروابط الاجتماعية ، فهي المبادئ التي يهتدي بها المشرع أحياناً كمثل أعلى في صياغته للتشريع .

أما العدالة فهي مرادف للقانون الطبيعي من حيث تعبيرهما عن المبادئ التي تتفق مع العمل والعدل والأخلاق ويوحي بها الضمير الانساني بهدف تحقيق المساواة .

وفي الحقيقة فإن مبادئ القانون الطبيعي والعدالة تعتبر فكرة غير محددة ، ولا يعبر هذا المصدر عن قواعد محددة منضبطة بالمعنى الصحيح ، ولكن المشرع أراد بهذا « أن يلزم القاضي في أن يجتهد برأيه في الحالات التي لا يجد لها حلاً في التشريع أو في العرف أو مبادئ الشريعة الاسلامية ، حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء ، وهو في اجتهاده هذا لا يتأثر بأفكاره الذاتية ولا بما يراه هو محققًا للعدالة وإنما يجب أن يصدر في ذلك عن اعتبارات موضوعية عامة يستلهمها من القانون الطبيعي وقواعد العدالة أو من قانون الدولة ، أو من القانون بصفة عامة » .

- لما كان القاضي وفقًا لنص الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون المدني لا يحكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة إلا اذا لم يوجد نص تشريعي أو عرف أو مبدأ من مبادئ الشريعة الاسلامية يمكن تطبيقه ، لما كان ذلك وكان القانون ٥٢ لسنة ١٩٤٠ قد رتب البطلان المطلق على بيع الأرض الناشئة عن تقسيم لم يصدر قرار باعتماده وهو بطلان يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به ومن ثم فلا يقبل التحدي بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة في هذا الخصوص ، لما كان ذلك وكان العبرة في تحديد طلبات الخصم هي بما يطلب الحكم له به وإذا كانت مورثة الطاعن لم تطلب من محكمة الموضوع الزام المطعون عليه الأول برد الثمن الذي دفعته فلا على الحكم إذ لم يعرض لذلك . (الطعن ١١٧١ لسنة ٥٦ق - جلسة ١٨/١١/١٩٩٠) .

ولكن من الناحية العملية فإن هذا المصدر من مصادر القانون يقل الالتجاء إليه ، لأن التجاء القاضى إلى ذلك يعنى وجود نقص فى النظام القانونى ، إذ أن هذه القواعد ليست ضابطاً يقينياً ، لذلك فإن الأمر قد يختلف بشأنها من قاض إلى آخر . لهذا فإن المشرع كثيراً ما يتدخل ليضع نصوصاً قانونية تنظم المسألة محل النقص .

فمثلا كان القضاء المصرى يحمى الملكية الأدبية والفنية (حق المؤلف) استناداً إلى قواعد العدالة . إذ كان يلزم من يعتدى على هذه الحقوق بأن يعوض أصحابها عن الأضرار التى تصيبهم بسبب هذا الاعتداء . وكان يقرر أيضاً مسئولية صاحب الحق (المالك مثلاً) إذا هو تعسف فى استعمال حقه على نحو يسبب ضرراً للغير ، إلا أن المشرع تدخل بعد ذلك وقنن حلول القضاء بنصوص تشريعية .

(ب) قصور القانون :

إن المصادر الرسمية للقانون وعلى رأسها التشريع هى فى ذاتها غير كاملة ، مليئة بالقصور والثغرات . وهذا أمر لا يمكن تفاديه لأن الحياة متباينة الجوانب ، متشعبة النواحى ، متجددة المظاهر ، بينما التشريع موحد الصياغة ، نموذجى القالب ، حبيس النصوص . لذا كانت القواعد القانونية فى حاجة دائمة إلى تكملة وتعديل وملائمة ، لمتابعة المظاهر اللا متناهية لحياة البشر ، فالتشريع ، مهما بلغت درجة اتقانه وقدرة المشرع على حسن صياغته ، يستحيل عليه احتواء كافة وقائع الحياة لتباينها من جهة وتموجها وتحركها من جهة أخرى .

ويقول أفلاطون أنه يستحيل على أى فن قانونى مهما بلغ

من شأن أن يصوغ مبادئ تصلح بساطتها فى كل المواد ولكل الجزئيات وفى كافة الأوقات . ويقرر بورتاليس انه يستحيل على المشرع أن يرتب كل شئ ، حيث تشمل الأمور خضمًا من التفاصيل يفلت من الرؤية ، ويكثر من الحركة حتى أنه يتعذر احتوائه فى نص تشريعى .

وقد عرض الفقه الاسلامى لهذه المشكلة بقوله أن الحوادث والوقائع مما لا يقبل الحصر والعد ، وأنه لم يرد فى كل حادثة نص ولا يتصور ذلك أيضاً ، أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد . ولقد استفاض الخبر عن النبى ص أنه لما بعث معاذاً إلى اليمن قال يا معاذ بم تحكم قال بكتاب الله قال فإن لم تجد قال فبسنة رسول الله قال فإن لم تجد قال اجتهد رأيى قال النبى ﷺ الحمد لله والذى وفق رسول رسوله لما يرضاه .

ولعل المنبع الذى لا ينضب لدى الفقه الاسلامى لمواجهة مستجدات وقائع الحياة ، هو فكرة المصلحة ، وهى نوعان : معتبرة ومرسلة . والمصلحة المعتبرة هى التى اعتبرها الشارع وأورد حكمها ، وتنقسم كما رأينا إلى ضرورات وحاجات وتحسينات (١). والمصالح المرسلة هى التى لا نص فيها مطلقاً ، ويتعين أن تكون ملائمة لمقاصد الشارع وأن يكون فى الأخذ بها دفع حرج أو مفسدة ولا تكون معارضة لأصل من الأصول .

إن وجود القصور والثغرات فى القانون الوضعى أمره معترف به فى كافة النظم القانونية المعاصرة ، لذا حاولت

---

(١) انظر ما سبق ص ١٩٤ .

مواجهته ، فالقانون السويسرى أحال القاضى عند انعدام النص إلى القاعدة التى كان ليضعها لو أنه صار مشرعاً . ويقرر الفقه الألمانى أن على القاضى أن يفصل فى النزاع كما لو كان مشرعاً . وإذا لم يجد القاضى فى النظام الأنجلو أمريكى نصاً تشريعياً ولا سابقة قضائية ، تعين عليه أن يصنع القانون بالنسبة إلى الأطراف الذين لجأوا إليه ، ونبراسه فى ذلك هو القانون العادل ، أى القانون الذى يؤدى إلى العدالة . وطبقاً للأعمال التحضيرية للقانون المدنى الفرنسى ، إذا كان التشريع واضحاً وجب اتباعه ، وإذا كان غامضاً لزم تعمق أحكامه . وإذا لم يوجد تشريع ، تعين النظر إلى العادات والالتجاء إلى العدالة ، فالعدالة عود إلى القانون الطبيعى عند سكوت القانون الوضعى .

وقد رأينا أن المشرع المصرى يحيل إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة . والواقع أن هناك بعض جوانب المعاملات بين الناس دون علاج تشريعى ، مثل العقود غير المسماه ، كعقد الاستشفاء ، والنزول فى فندق ، ودخول الملاهى . وبعض المسائل التجارية كجانب من النشاط المصرفى . وفى نطاق قانون العقوبات ، أغفل المشرع بعض المسائل مثل اباحة الاصابة فى الألعاب الرياضية كالمصارعة والملاكمة . فى كل هذه الحالات لا يوجد نص تشريعى مباشر ، وقد لا يوجد عرف مستقر مما يتعين ايجاد حل لملئ هذا النقص التشريعى .

(جـ) المبادئ العامة للقانون :

والواقع أن اجتهاد القاضى فى البحث عن حل للنزاع لا يكون وليد مشاعر شخصية بل استناداً إلى أسس موضوعية

تتمثل فى المبادئ العامة للقانون . تلك المبادئ التى استقرت فى ضمائر الناس وتعبر عن الارادة الجماعية فى المجتمع . وتتسم تلك المبادئ بالعمومية ، ومن ثم يمكن أن تشتق منها الكثير من القواعد وتجد لها العديد من التطبيقات .

وتقوم المبادئ العامة أما على أساس مجموعة النصوص القانونية مثل مبدأ المساواة فى الأجر ومبدأ حرية التعاقد ومبدأ سلطان الارادة ، وأما أن تقوم على التراث الدينى والاجتماعى والقانونى مثل مبدأ حرية الزواج ومبدأ حرمة الحياة الخاصة ومبدأ حرية العقيدة . وقد تستند المبادئ العامة أخيراً ، إلى أصول المنطق مثل قاعدة أن فاقد الشئ لا يعطيه ولا تكليف إلا بمقدور .

ومن أمثلة المبادئ التى يستند إليها القضاء فى أحكامه . مبدأ الخطأ الشائع يولد الحق ومبدأ الغش يفسد التصرفات . يستقر قضاء محكمة النقض على أن التصرف الذى يبرم بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية ، ينفذ فى مواجهة صاحب الحق متى كان قد أسهم بخطئه سلبًا أو ايجاباً فى ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه ، وأن تكون الشواهد المحيطة بهذا المركز والتى من شأنها أن تولد الاعتقاد بمطابقة هذا المظهر للحقيقة (١) . وعلى ذلك يعتبر الوكيل الظاهر نائباً عن الموكل فينفذ فى حقه التصرف الذى يبرمه متى ثبت قيام مظهر خارجى خاطئ منسوب إلى الموكل وأن

---

(١) نقض (هيئة عامة) ١٦/٢/١٩٨٦ طعن ٨٢٦ س ٥٤ق .

الغير الذى تعامل مع الوكيل الظاهر وقد انخدع بمظهر الوكالة الخارجى دون أن يرتكب خطأ أو تقصيراً فى استطلاع الحقيقة (١) .

وقضت محكمة النقض كذلك بأن قاعدة الغش يبطل التصرفات قاعدة سليمة ولو لم يجربها نص خاص فى القانون وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية فى محاربة الغش والخديعة والاحتيال والانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره فى التصرفات والاجراءات عمومًا صيانة لمصلحة الأفراد والمجتمع (٢) .

(د) عدالة الملاءمة :

إن العدل justice هو المساواة الحسابية المطلقة ، والتطبيق الكامل للقانون دون تمييز أو تفرقة . ولكن العدالة équité تراعى الظروف والملابسات الواقعية الخاصة بكل حالة على حدة . وهذا ما يقصد به عدالة الملاءمة التى تقضى الخروج على عموم القاعدة بالنسبة إلى الحالات الشاذة ، حتى يتلاءم القانون مع مقتضيات الحياة .

إن تطبيق القاعدة العامة يمكن أن يؤدى ، فى بعض الحالات الخاصة ، إلى نتائج غير ملائمة ، فقد توجد بعض الفروض التى لا تتوافر فيها البواعث التى دفعت إلى سن التشريع ، ويبدو أن نص التشريع يشملها من حيث الظاهر ، إلا أن روح القانون تستبعدها .

ويقول أرسطو « أن التشريع دائمًا نص عام ، ويستحيل

---

(١) نقض ١٩٨٤/١٢/٢٧ طعن ١٧٧١ س ٥١ق .

(٢) نقض ١٩٧٩/٥/٢١ س ٣٠ جـ٢ ص ٣٩٩ .

فى بعض الحالات الكلام بدقة مع البقاء على مستوى العموميات ، فحيث تصاغ قاعدة عامة دون استطاعة توخى الدقة ، يأخذ التشريع بعين الاعتبار ما يقع فى الغالب من الأحوال ، دون أن يجهل قدر الخطأ الذى يتضمنه مثل هذا السلوك ، ومع ذلك هو تشريع حسن ، لأن الخطأ لا يكمن فى التشريع ، ولا فيمن يضع التشريع ، بل فى طبيعة الحالة المعروضة للبحث ، لذا يجوز شرعاً اعمال مصحح يجابه هذا النقص ، بتقرير القاعدة التى كان المشرع ليمليها لو أنه علم بالحالة الواقعية » .

ويقرر الفقه الاسلامى بأنه « لما كان قصد الشارع ضبط الخلق إلى القواعد العامة وكانت العوائد قد جرت بها سنة الله أكثرية لا عامة ، وكانت الشريعة موضوعة على مقتضى ذلك الوضع كان من الأمر الملتفت إليه اجراء القواعد على العموم العادى لا العموم الكلى التام الذى لا يختلف عنه جزئى ما . وإذا ثبت ذلك ظهر أنه لابد من اجراء العمومات الشرعية على مقتضى الأحكام العادية من حيث هى منضبطة بالمنظمات إلا إذا ظهر معارض فيعمل على ما يقتضيه الحكم فيه » .

ويقرر توما الأكوينى فيلسوف المسيحية « أن كل تشريع يهدف إلى مصلحة اجتماعية ، فلا ينبغى استخدام الصرامة فى التفسير لتحويل نصوص أريد بها الخير العام إلى ظلم تام . إن تطبيق القاعدة القانونية قد يحقق الصالح العام فى أغلب الأحوال ، لكن قد ينجم عنه أحياناً بعض الأضرار . ومرجع ذلك عدم تمكن المشرع من توقع الحالات الخاصة ، لذا هو يملى التشريع للكثرة من الأمور ، متجهاً بنيته إلى المصالح العامة ، بل حتى لو كان يستطيع توقع كافة الحالات ، يجبألا يذكرها جميعًا ضمن التشريع ، حتى لا

يحجب خضم التفصيلات الرؤية السليمة عن الأنظار ».

ويقول بور تاليس فى تقديمه لقانون نابليون : إن هناك حالات نادرة غير عادية لا تدخل ضمن تكهنات أى تشريع معقول ، وتفاصيل متغيرة دقيقة لا يجوز أن تشغل بال المشرع ، وأموراً كثيرة عبثاً نحاول توقعها ، بل قد تؤدى الحيطة المتعجلة إلى سوء تنظيمها .

ويتحفظ البعض ازاء المنطق السابق حيث ينبغى أن يتفق التفسير بدقة مع كل من لفظ ومعنى النص ، ولا يجوز تعديل مضمون النص بدعوى عدالة الملاءمة ، وتطوير القانون ، لأن الخروج على ظاهر النص قد يؤدى إلى اهدار الشرعية .

ولا شك أن اساءة استعمال فكرة عدالة الملاءمة يمكن أن يؤدى إلى الخروج على مبدأ الشرعية ، إلا أن التوفيق بينهما أمر ممكن ، فهما أمران متميزان ولا تعارض بينهما . إذا كان العدل يقتضى اعمال القانون فى الحالات العادية ، فإن العدالة تتطلب الملاءمة فى الحالات الشاذة ، حتى لا يتسم القانون بالجمود ويؤدى إلى الظلم . ويستقر الفقه الاسلامى على تخصيص العموم والأخذ بالاستحسان دون خشية إهدار الشرعية .

ولكن يجب أن يصدر اجتهاد القاضى فى تلك الحالات عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتى خاص ، وتقتضى عدالة الملاءمة مراعاة الظروف الخاصة بكل حالة على حدة ، بحيث يستنتج من هذه الظروف القاعدة القانونية واجبة التطبيق ، على ضوء المبادىء العامة للقانون ، وينبغى تطبيق هذه القاعدة ، فى كل الحالات التى تتوافر فيها نفس الظروف ، لأننا أصبحنا بصدد قاعدة موضوعية عامة.

الفصل الخامس

الفقه والقضاء

المبحث الأول

الفقـــــه

(أ) تعريف الفقه :

الفقه La doctrine هو مجموعة الآراء القانونية الصادرة من علماء القانون أى الفقهاء ، بمثابة شرح القانون وتفسيره ، وتظهر تلك الآراء من خلال المؤلفات والأبحاث والفتاوى والتعليقات على الأحكام والمحاضرات . يتمثل دور الفقه فى تحليل ونقد النصوص القانونية من خلال صياغتها وتطبيقها واستنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية .

وإذا كان القضاء هو المظهر العملى للقانون فإن الفقه تعبير عن المظهر العلمى له ، فالفقيه عالم فى القانون وليست له ، كقاعدة عامة ، سلطة أو صفة رسمية فى انشاء قواعد قانونية أو ابداء آراء ملزمة . لا يعتبر الفقه فى العصر الحديث مصدراً رسمياً من مصادر القانون ، فقوته هى قوة ادبية فقط ، وتقتصر مهمته على شرح القانون وعرض أحكامه وابداء الآراء التى تنير السبيل أمام كل من المشرع والقاضى .

(ب) دور الفقه فى القانون الرومانى :

لعب الفقه دوراً هاماً فى تكوين القانون الرومانى وتطوره إلى قانون يحكم امبراطورية واسعة . احتكر رجال الدين فى

البداية مهمة الفقه أى علم القانون ، ثم ظهر الفقه الحر من غير رجال الدين ثم تبلور دور الفقه الرومانى فى العصر العلمى . وبلغت أهمية الفقه فى نظر الدولة الرومانية أن اعترفت لبعض الفقهاء بحق اعطاء فتاوى ملزمة للقضاة ، فأصبح الفقه بذلك مصدراً رسمياً للقانون .

وأشهر الفقهاء الرومان فى ذلك العصر هم جايوس jauis وبابينيان papinien والبيان Ulpien وبول Paul وموديستان Mod-estin ، فقد كانت لآراء هؤلاء الفقهاء قوة القانون . جاء الامبراطور جوستنيان ووضع مدونته فى القرن السادس بعد الميلاد ، وتسمى بالموسوعة حيث تستمد أحكامها من آراء الفقهاء الخمسة السابقين .

(جـ) الفقه فى الشريعة الاسلامية :

يحتل الفقه الاسلامى مكانة بارزة فى الشريعة الاسلامية . يتمثل دور الفقه من خلال الاجماع من جهة والاجتهاد من جهة أخرى .

أولاً : الاجماع : يعتبر الاجماع ، إلى جانب القرآن الكريم والسنة الشريفة مصدراً من مصادر الأحكام الشرعية . فإذا أجمع الفقهاء المسلمون على حكم ما فى عصر من العصور ، قولاً أو فعلاً ، وجب اتباعه والعمل به .

ويتحقق الاجماع باتفاق الفقهاء المجتهدين فى عصر معين على حكم واحد . والاجماع يتم إما صراحة بالقول أو الفعل وأما بالسكوت حيث يبدى البعض رأياً ويسكت الباقون فترة كافية للبحث دون أعتراض . وإن كان من الصعب تحقق الاجماع فى العصر الحديث ، إلا أنه لعب دوراً هاماً فى عصر الصحابة لقلة عددهم وصحبتهم للرسول وتقواهم . ومن

امثلة الأحكام التى ثبتت بالاجماع عدم ميراث ابن الابن مع وجود الابن ، واعطاء الجدة السدس فى الميراث ، وتحريم الجمع بين المراة وعمتها وخالتها .

ثانياً : الاجتهاد أو الرأى : بدأ الاجتهاد فى عصر الصحابة بعد وفاة الرسول ، حيث كان لهم شرف صحبة الرسول وحفظ القرآن الكريم والسنة النبوية . باشر الصحابة الفتوى مجتمعين أولاً ثم تفرقوا بعد ذلك فى الأمصار لنشر الدعوى واستنباط الأحكام من الأدلة الشرعية لمواجهة ما يطرأ للناس من وقائع وقضايا متغيرة بتغير الزمان واختلاف المكان .

وتواصل الاجتهاد والرأى بعد ذلك بين التابعين وتابعيهم الذين وجدوا أنفسهم أمام مشاكل جديدة فى البلاد المفتوحة وكان لابد لهم من الفتوى للوصول إلى حلول المشاكل فى القرآن والسنة من خلال القياس والمصلحة . ويضم الفقه الاسلامى ثروة عظيمة من الأحكام التفصيلية المستنبطة من القرآن والسنة . ويبرهن ذلك على مرونة ورحابة الشريعة الاسلامية وقدرتها على مواجهة احتياجات كل عصر إذا ما تم اتباع أصول الاجتهاد - واستنباط الأحكام الشرعية - وقد كان لتعدد المذاهب الفقيهة أثره الواضح على اثراء الفقه الاسلامى ، واظهار مرونة وسماحة الشريعة الاسلامية حيث تباينت الأحكام فى العبادات والمعاملات دون العقيدة . ولعل أشهر المذاهب هى المذهب الحنفى ، المذهب المالكى ، المذهب الشافعى ، المذهب الحنبلى . وهناك مذاهب أخرى مثل الشيعة الامامية والشيعة الزيدية ومذهب الاباضية .

(د) دور الفقه فى القانون المعاصر :

تختلف مكانة الفقه باختلاف النظم القانونية ، فدور الفقه ضئيل فى القانون الانجليزى لأنه قانون قضائى يقوم على السوابق القضائية ويرتكن إلى الحقائق الواقعية ومن ثم فإنه يتسم بالطابع العملى ويبتعد عن النظريات الفقهية والتفكير المنطقى . ولم يظهر للفقه أثر ملموس فى تكوين القانون الانجليزى الذى اقتصر على الجانب العملى أكثر من الجانب العلمى . واحتل القضاء والقضاة المكانة الرئيسية فى النظام القانونى الانجليزى ، وتتمتع مؤلفات القضاة وأراؤهم بحجية حقيقية فيه .

أما القانون الأمريكى قد تمتع الفقه فيه بمكانة بارزة حيث يلعب دوراً جوهرياً فى اظهار بعض القواعد القانونية الهامة من جهة ويمارس تأثيراً كبيراً على القضاء فى حالات كثيرة من جهة أخرى . ولعل من الأمثلة البارزة لدور الفقه ظهور الحق فى احترام الحياة الخاصة حيث ترجع نشأته إلى مقالة نشرت فى أواخر القرن الماضى فكان لها تأثيراً كبيراً على القضاء الذى انتهى إلى الاعتراف بهذا الحق .

وبالنسبة للقانون المصرى ، لا يعتبر الفقه ، كقاعدة عامة ، مصدراً رسمياً للقانون ، إلا أنه يلعب دوراً هاماً كما سنرى فيما يتعلق بشرح القانون واستنباط أحكامه ، لذا فإن الفقه يعتبر مصدراً يسترشد به القضاء عند الفصل فى المنازعات .

ولكن يلاحظ أن الفقه يعتبر المصدر الرسمى للقانون فى مسائل الأحوال الشخصية التى لم يتم تقنينها بواسطة المشرع . يلتزم القاضى المصرى بالفصل فى منازعات

الأحوال الشخصية بين المسلمين التى لم ينظمها المشرع (مسائل الأسرة) طبقاً لأرجح الأقوال فى المذهب الحنفى ، أى أن القضاء يطبق الشريعة الاسلامية كما يستنبطها الفقه الحنفى . ونفس الحكم إذا كان النزاع بين غير مسلمين يختلفان فى الطائفة أو الملة أو الديانة . والمرجع فى صياغة هذه القواعد هو فقه رجال الدين فى كل طائفة .

ويلعب الفقه ، بصفة عامة ، دوراً هاماً فى خدمة القانون والعدالة عن طريق الدراسات القانونية حيث :

١-يقوم الفقه بشرح القوانين وبيان معناها والكشف عن أحكامها وشروط تطبيقها ويقوم الفقهاء بعملية تجميع القوانين وتقريبها لاستخلاص الاتجاه العام للتشريع وتطوره ، ويقوم الفقه أخيراً بانتقاد التشريع من النواحى الفنية والاجتماعية والمثالية ، أى تقييم الصياغة الفنية للقواعد القانونية وبيان النتائج التى تترتب على تطبيقها فى العلاقات الاجتماعية ومدى توافقها مع القيم الدينية ومبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

٢- يقوم الفقه بتحليل أحكام القضاء ودراستها واستخلاص الاتجاه العام الذى تسير عليه المحاكم المختلفة وتطور أحكامها ، ويقوم الفقه بتقييم أحكام القضاء لبيان مدى توفيقها فى تطبيق حكم القانون على الواقع .

٣- تلعب الدراسات القانونية الفقهية للتشريعات ولأحكام القضاء دوراً هاماً بالنسبة للقضاة ، إذ يغلب أن يسترشد القاضى بآراء الفقهاء فى استخلاص الأحكام وتفسير القواعد القانونية وتقصى مفهومها ، بمعنى أن القاضى يسترشد بالفقه فى أغلب الأحوال العملية لمعرفة حكم القانون بصدد

المنازعات المعروضة أمامه ، وبصفة خاصة فى حالات وجود نقص أو عيب فى القانون . ولكن ينبغى ملاحظة أن استعانة القضاء بالفقه يكون على سبيل الاستئناس دون الالزام بمعنى أن القاضى يستأنس بالفقه كمصدر تفسيرى للقانون ، إلا أنه لا يلتزم باتباع أراء الفقهاء .

٤- تلعب الدراسات القانونية الفقهية دوراً هاماً على الصعيد التشريعى ، وذلك من خلال بيان عيوب التشريع وأوجه النقص فيه والدعوة إلى تعديله . يساعد الفقه المشرع فى القيام بدوره التشريعى حيث يمده بالمبادئ العامة التى يستطيع أن يستخلص منها قواعد تفصيلية ، ويقدم له دراسة القانون المقارن وأحكام القوانين الأجنبية عله يأخذ بالمناسب منها والاستفادة من تجاربها .

المبحث الثانى

القضـــــاء

تعريف القضاء :

يطلق لفظ القضاء jurisprudence على عدة معان :

١- مجموعة المحاكم الموجودة فى بلد من البلاد ، وهذا ما يطلق عليه السلطة القضائية ، وهى التى تقوم بتطبيق القانون على ما يعرض عليها من منازعات .

٢- مجموعة الأحكام التى تصدرها المحاكم فى المنازعات المعروضة عليها أو فى نوع معين من هذه المنازعات . فيقال مثلاً القضاء الجنائى أو القضاء المدنى أو قضاء المحاكم فى المسائل العمالية أو فى موضوع المسئولية .

٣-استقرار المحاكم واطرادها على اتجاه معين فى مسألة من المسائل أى مجموع المبادئ القانونية التى تستخلص من استقرار أحكام القضاء على العمل بها فى موضوع أو موضوعات معينة . ويحدث ذلك فى المسائل التى يكون حكم القانون فيها محل خلاف ، فتصدر بشأنها أحكام متضاربة ثم تتجه نحو التوحيد والاستقرار على مبدأ أو قاعدة معينة ، أى أننا نكون بصدد أحكام ترسى مبادئ قانونية déci-sions de principe . فهل يعتبر القضاء مصدراً من مصادر القانون بالنسبة لتلك المبادئ أو القواعد القضائية .

نعرض للمسألة فى القانون المقارن قبل بيان حكمها فى القانون المصرى .

المطلب الأول
القضاء فى القانون المقارن

(أ) القضاء فى القانون الرومانى :

قام الحاكم القضائى (البريتور praetor) فى روما بدور هام فى تطوير القانون الرومانى ، حيث أدى نشاطه إلى انشاء مجموعة من القواعد سميت بالقانون البريتورى جاء ليكمل أحكام القانون المدنى الرومانى .

لم يكن البريتور يفصل فى النزاع بنفسه ، بل يقتصر دوره على سماع المتخاصمين ومساعدتهما فى اختيار الحكم الذى يفصل فى النزاع ، ويحيل البريتور الخصوم إلى الحكم بواسطة صيغة مكتوبة يثبت فيها ادعاءاتهم ويبين فيها سلطة القاضى فى الحكم . وكانت للبريتور سلطة ادارية تخوله اصدار أوامر ونواه للمتنازعين بقصد الوصول إلى حماية مراكز لا يحميها القانون المدنى ، هذا بالاضافة إلى سلطته القضائية حيث يخلق وسائل جديدة للحماية لم يكن يعرفها القانون المدنى . وهكذا توصل الحاكم القضائى عن طريق سلطتيه القضائية والادارية إلى خلق مجموعة من القواعد القانونية التى تكمل النقص فى القانون المدنى وتخفف من جموده .

كان البريتور ينشر على الناس ، فى أول ولايته ، منشوراً يبين فيه الوسائل التى سيمنحها للأفراد عند التجائهم إليه . تم تجميع هذه المنشورات بواسطة الفقيه جوليان فى أواخر القرن الثانى للميلاد . وأقر مجلس الشيوخ هذا التجميع ليصبح القانون البريتورى الملزم لكل حاكم قضائى ،

واستقر كمصدر من مصادر القانون الرومانى ، ولا يجوز تعديله إلا بواسطة الامبراطور وحده .

(ب) القضاء فى الاسلام :

تولى فقهاء المسلمين مهمة القضاء فى البلاد الاسلامية ، حيث كان يعهد بهذه المهمة ، فى الغالب ، إلى أهل الرأى والفتيا . وقد تم ذلك فى عهد الصحابة والتابعين وتابعى التابعين . ولعل من أشهر الأمثلة على ذلك هو الإمام أبو يوسف أحد صاحبى الامام أبى حنيفة .

والقاضى ، بوصفه فقهيًا ، كان يجتهد للوصول إلى الحل المناسب للنزاع المعروض عليه ، وهو يستند فى ذلك إلى الأدلة الشرعية أى الرجوع إلى القرآن والسنة والقياس والاجماع والمصلحة إلى غير ذلك . وكان القضاة يأخذون ، كقاعدة عامة ، بآراء كبار الفقهاء ويقضون بها فيما يعرض عليهم من أقضية الناس ، غير أن بعضهم كان يجتهد بنفسه فيما يستجد أمامه من أمور .

أدى اتساع الدولة الاسلامية إلى تعدد المذاهب وتشعب الآراء وتفرق المجتهدين واختلاف الأحكام فى الأقضية المتشابهة ، مما دفع بعض الخلفاء إلى محاولة تعيين الرأى الذى يعمل به ، ولكن الفقه ، ومنهم الامام مالك رفض ذلك وكان من رأيه أن اختلاف الآراء مرجعه تباين الظروف وليس من المصلحة فرض رأى واحد على جميع البلاد . وهكذا يتمتع القاضى فى الاسلام بدور كبير فى الاجتهاد ، خارج دائرة الأحكام القطعية ، للبحث عن الحل الشرعى للمسألة المعروضة عليه .

(جـ) القضاء فى النظام الانجلو سكسونى :

يعتبر القضاء المصدر الرسمى للقانون فى البلاد الأنجلو سكسونية وعلى رأسها انجلترا . نشأ القانون الانجليزى عن طريق الأعراف والعادات ، حيث كانت المحاكم تطبقها أن وجدت وإلا تنشئ الحل القانونى للنزاع المعروض عليها . وحظيت الأحكام باحترام كبير وكان كل حكم جديد يشكل سابقة قضائية precedent ينبغى السير على منوالها فى القضايا المماثلة .

يتكون النظام القضائى فى انجلترا من عدة درجات ، تبدأ بمحاكم المقاطعات Country Courts وهى المحاكم الدنيا فى البلاد ، وتعلوها المحاكم الابتدائية وتشمل محكمة العدل العليا High Court of justice ومحكمة التاج Crown Court ، وتعلوها محكمة الاستئناف Court of appel التى تختص بالفصل فى الطعون المرفوعة إليها من المحاكم السابقة ، وتأتى بعد ذلك محكمة مجلس اللوردات House of Lords وهى المحكمة العليا فى البلاد وتختص بالفصل فى الطعون التى ترفع إليها عن الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف ويكون حكمها نهائياً.

والقاعدة أن المحكمة التى تصدر حكماً تلتزم باتباعه فى القضايا المماثلة التى تعرض فيما بعد ، ويلزم هذا الحكم المحاكم الأخرى الأدنى منها فى الدرجة . تعد أحكام المحكمة العليا سوابق قضائية ملزمة لكل المحاكم وتلتزم بتطبيقها فى القضايا المماثلة . وتعد أحكام محكمة الاستئناف والمحاكم الابتدائية سوابق ملزمة للمحكمة ذاتها ولغيرها من المحاكم الأدنى درجة . أما أحكام محاكم المقاطعات فلا تعد

سوابق قضائية ملزمة ويجوز الاسترشاد بها وللقاضى أن يخالفها إذا وجد أسباباً قوية لذلك .

يتضح من ذلك أن القاضى الانجليزى يلتزم بالبحث عن السوابق القضائية أى عن الأحكام الصادرة فى الدعاوى المماثلة للنزاع المعروض عليه ليستخلص منها القاعدة القانونية الواجبة التطبيق . فالقانون العام الانجليزى Common Law يقوم أساسًا على السوابق القضائية ، لذا يسمى بالقانون القضائى judicial Legislation أو Case Law لأنه تكون تكوينًا قضائيًا وينبغى لمعرفة أحكامه الرجوع إلى القضاء واستخلاصه منه . ويحتل التشريع مكانة ثانوية إلى جانب السوابق القضائية .

(د) القضاء فى النظام اللاتينى :

يقتصر دور القضاء فى النظام اللاتينى على تطبيق القانون لا خلقه ، وتختص السلطة التشريعية بانشاء القانون . ولا يكون القضاء مصدراً رسمياً للقانون . يتكون القانون ، فى البلاد ذات النظام اللاتينى ، بصفة أساسية ، من التشريع . لذا سميت هذه البلاد ببلاد القانون المكتوب ، ومنها فرنسا ولبنان ومصر ، وليس لقضاء المحاكم فى هذه البلاد قوة السوابق القضائية المعروفة فى النظام الأنجلو سكسونى .

والواقع أن هناك عدة عقبات قانونية تحول دون اعتبار القضاء مصدراً للقانون فى هذه البلاد تتمثل فى :

١- تحظر بعض التشريعات مثل القانون المدنى الفرنسى والقانون اللبنانى ، على المحاكم اصدار أحكام عامة لها صفة تنظيمية لائحية ، أى لا يجوز لها وضع قواعد لتطبق

فى القضايا المماثلة مستقبلاً. فالحكم القضائى لا يضع أى قاعدة عامة ، ويقتصر على الفصل فى نزاع معين ، ولا يؤثر فى حقوق غير المتخاصمين أو فى الفصل فى أى نزاع مستقبل ، ويمتنع على المحكمة اصدار ما يسمى بالحكم الجماعى الذى يفصل جملة واحدة فى عدة قضايا متشابهة معروضة فى آن واحد أمام نفس القاضى ، بل ينبغى الفصل فى كل قضية على حدة .

٢- يشكل مبدأ الحجية النسبية للأمر المقضى عقبة أمام نشوء قواعد عامة من أحكام المحاكم ، فمن المقرر أن الحكم الصادر فى نزاع معين لا تكون له حجية إلا فى مواجهة الخصوم ، ولا تقتصر نسبية الحجية على الأطراف بل تشمل كل من الواقع والقانون . فالحكم لا يلزم إلا بصدد النزاع الصادر بشأنه ولا يلزم القاضى نفسه ، فلو عرضت قضية مماثلة مستقبلاً يجوز للمحكمة أن تصدر فيها حكماً مخالفاً لما سبق أن قررته ، وليس لأطراف النزاع الجديد المطالبة بتطبيق الحل السابق على قضيتهم ، ولا تلتزم أى محكمة بالقضاء الصادر من محكمة أخرى مماثلة لها أو أعلى منها فى المرتبة .

٣- أن مبدأ الفصل بين السلطات يمنع السلطة القضائية من سن القوانين وإلا كانت معتدية على اختصاص السلطة التشريعية ، ذلك أن مهمة سن القوانين خولها الدستور لتلك السلطة ، وتقتصر وظيفة القضاء على تطبيق هذه القوانين .

المطلب الثانى

القضاء فى القانون المصرى

رأينا أن كل من مصر ولبنان ينتميان ، من الناحية القانونية ، إلى النظام اللاتينى الذى لا يعترف بالقضاء كمصدر رسمى للقانون .

رفض المشرع المصرى الأخذ بالصياغة التى وردت فى القانون السويسرى والتى تقرر أنه إذا لم يجد القاضى حلاً للنزاع فى التشريع أو العرف فإنه يحكم بمقتضى القواعد التى كان سيضعها هو لو أنه باشر عمل المشرع . فهذه الصياغة تخول القضاء حق انشاء الأحكام القانونية . بل أن المادة الأولى من القانون المدنى المصرى حددت المصادر الرسمية للقانون وهى بالترتيب : التشريع والعرف والشريعة الاسلامية والقانون الطبيعى وقواعد العدالة ، ولم يذكر القضاء من بين هذه المصادر ، ويؤكد ذلك بأن القضاء ليس مصدراً رسمياً للقانون .

يتضح من ذلك أنه من الناحية النظرية أن دور القاضى قاصر على تطبيق القانون لا خلقه ، أما من الناحية العملية الواقعية فإن القضاء يعد مصدراً من مصادر القانون حيث يكشف الواقع عن وجود الكثير من القواعد القضائية ، وهناك العديد من العوامل التى تؤدى إلى ذلك نعرض لها فيما يلى :

(أ) وجود النقص فى التشريع :

فمن المسلم به أن التشريع لا يمكن أن يكون كاملاً ، فهو عمل انسانى ، لذا لابد وأن يشوبه النقص ، ولا يستطيع

المشرع أن يضع القواعد التى تحكم كل المنازعات فى الحياة ، بل غالبًا ما يصدر القانون فى عبارات عامة لمواجهة الحالات العادية إذ يعجز الانسان عن وضع القواعد التى تحكم كل المنازعات غير المتناهية التى تقع أو ستقع فى كل الأوقات .

ويجب على القاضى أن يحكم بالعدل فى كل نزاع يعرض أمامه ، ولا يستطيع أن يرفض الحكم بحجة وجود نقص أو غموض فى التشريع وإلا تعرض للاتهام بارتكاب جريمة انكار العدالة (١) . وينبغى على القاضى أن يبحث عن حل النزاع فى التشريع أو فى غيره من المصادر التى بينها له المشرع ، ومن بينها القانون الطبيعى وقواعد العدالة . وهذا هو جوهر القانون الذى يستلهمه القاضى فى وضع الحلول الخاصة للمنازعات التى لا يجد لها حكمًا فى القواعد الوضعية الموجودة فى التشريع أو العرف أو الشريعة الاسلامية. فالقاضى ينشئ بنفسه الحل العادل للنزاع المعروض أمامه .

(ب) اطراد أحكام المحاكم وتكرارها فى القضايا المتشابهة :

لا شك أنه من الناحية النظرية أن القاضى غير ملزم قانونًا بأن يطبق نفس الحلول التى سبق وقررها أو قررتها المحاكم الأخرى فى حالات مماثلة ، إلا أنه من الناحية العملية والواقعية يندر أن يخرج القاضى عن القواعد التى سبق أن

---

(١) طبقًا للمادة ١٢٢ من قانون العقوبات المصرى فإن القاضى الذى يمتنع عن الحكم يعاقب بالعزل وبغرامة لا تقل عن مائتى جنيه ، ويعد ممتنعًا عن الحكم كل قاضى توقف عن أصدار حكم بعد تقديم طلب إليه فى هذا الشأن بالشروط المبينة فى قانون المرافعات ولو احتج بعدم وجود نص فى القانون أو بأن النص غير صريح أو بأى وجه آخر .

وضعها ، بل أنه يتجه غالبًا للأخذ بنفس الحلول التى سبق أن قضى بها أو الحلول الصادرة من قضاة أخرين فى الحالات المشابهة . فالتوحيد والتناسق بين أحكام المحاكم فى الموضوعات المماثلة أمر حيوى لقيام الثقة فى السلطة القضائية وتحقيق الاستقرار فى المجتمع والعدالة والمساواة بين المواطنين . ويؤدى تضارب واختلاف الأحكام فى الوقائع المتشابهة إلى زعزعة الثقة والاستقرار فى القضاء والمجتمع .

ويساعد على وحدة الحلول فى المسائل المماثلة الميل التلقائى لدى القاضى فى الاستمرار فيما سبق وقرره من قواعد وتقليد غيره فيما أرساه من مبادئ كما أن التدرج بين المحاكم يجعل المحكمة الأدنى تحرص على تطبيق الحلول التى أخذت بها الجهة الأعلى ، وهنا تظهر أهمية طرق الطعن على الأحكام وخاصة دور محكمة النقض فى توحيد اتجاهات القضاء بصدد الموضوعات المماثلة .

والواقع أن تسبيب الأحكام القضائية يلعب دوراً هاماً فى استخلاص المبادئ القانونية التى تتضمنها أحكام القضاء ، فأسباب الحكم تبرز المبدأ وتبين حدوده وأساسه مما يتيح الفرصة أمام المحاكم الأخرى للاقتناع بالمبدأ والسير عليه ، والمراد بالتسبيب هو تحديد الأسانيد والحجج التى يبنى عليها الحكم فيما انتهى إليه سواء من حيث الواقع أو من حيث القانون . والأسباب التى تسهم فى وجود القاعدة القضائية هى الأسباب القانونية التى يستند عليها الحكم .

والجدير بالذكر أن الحكم الذى يصدره القاضى أما أن يكون من أحكام الواقع أو الحالات الفردية التى يتم أعمال حكم

القانون فيها دون أن يكون للقاضى دوراً انشائياً فيها ، وأما أن تكون أحكامًا ذات مبادئ عامة . يقتصر حكم الواقع الذى يواجه حالة فردية على النزاع الصادر بشأنه ، ولا يمتد أثره على غيره من المنازعات أو المحاكم . أما الحكم الذى يضع مبدأ قانونياً فإنه يسهم فى انشاء القواعد القانونية العامة إذا أخذت به محاكم أخرى فى المنازعات المشابهة ، حيث نصبح فى هذه الحالة أمام قضاء jurisprudence وليس مجرد حكم فردى jugement . فالحكم الفردى يصبح قضاء إذا سارت عليه المحاكم الأخرى ويعد كذلك أيضاً إذا كان صادراً من المحكمة العليا كمحكمة النقض أو المحكمة الادارية العليا .

(جـ) دور محكمة النقض فى ارساء القواعد القضائية :

رأينا أن توحيد أحكام المحاكم واستقرارها على مبدأ معين فى مسألة من المسائل يؤدى إلى خلق قاعدة قضائية ، ويعد القضاء بذلك مصدراً من مصادر القانون .

تلعب محكمة النقض فى مصر (ومحكمة التمييز فى لبنان) دوراً هاماً فى توجيه المحاكم نحو الثبات والاستقرار ، وهى تختص بمراقبة صحة تطبيق القانون أى التحقق من سلامة أعمال حكم القانون على الوقائع الثابتة فى حكم المحكمة الاستئنافية ، وليس من وظيفتها اعادة النظر فى هذه الوقائع لأنها محكمة قانون لا محكمة واقع .

تقوم محكمة النقض بدور هام فى ارساء واستخلاص القواعد القضائية من خلال توحيد القضاء واستقراره على مبادئ معينة . تختلف المحاكم أحياناً فى تطبيق القانون وتتباين الأحكام بصدد أمر معين فيعرض النزاع على محكمة

النقض لتقول كلمتها بشأنه ، وقد يتم الطعن على حكم معين فتؤيده محكمة النقض أو تنقضه ، وغالباً ما ترسى فى كل هذه الأحوال مبادئ معينة ، تقوم المحاكم عادة بالسير على هذه المبادئ نظراً للمكانة الأدبية لمحكمة النقض من جهة وخشية تعرض الحكم المخالف للنقض من جهة أخرى (١) . ويتوحد بذلك اتجاه القضاء أمام المسائل المتشابهة . وتبدأ القاعدة القضائية فى الاستقرار بمجرد اقرارها من محكمة النقض ، وتقرر بأن الحكم المطعون فيه إذا أقام قضاءه على ما يخالف الرأى الذى استقر عليه قضاء النقض فإنه يتعين نقضه لأنه يكون قد خالف القانون .

ويجوز لمحكمة النقض العدول عن مبدأ قانونى سبق لها أن أقرته حتى تتمكن من تطويع أحكامها لظروف المجتمع المتغيرة ومستحدثات الفكر القانونى ، إلا أنه أمام خطورة هذا العدول فإنه لابد وأن يصدر من الهيئة المختصة بالمحكمة بأغلبية سبعة أعضاء على الأقل إذا تعلق الأمر بعدول احدى الدوائر عن مبدأ قانونى قررته فى أحكام سابقة ، أما إذا كنا بصدد عدول عن مبدأ سابق صادر عن دوائر أخرى تعين

---

(١) ذلك أن الحكم المطعون فيه اما أن تؤيده محكمة النقض وترفض الطعن ، واما أن تنقضه وتعيد القضية إلى نفس المحكمة التى فصلت فيها لتحكم فيها من جديد بشرط أن تنظرها دائرة أخرى ، وتلتزم برأى محكمة النقض فى المسألة القانونية التى فصلت فيها (م٢٦٩ مرافعات) . والمحكمة التى يعادر إليها الحكم المنقوض هى وحدها التى تلتزم باتباع رأى محكمة النقض فى ذات الدعوى فقط ، ويجوز لأى محكمة أخرى مخالفة رأى محكمة النقض فى الدعاوى الأخرى التى ترفع إليها . ولكن ذلك أمر مقرر من الناحية النظرية فقط ، ويندر الخروج على المبادئ المستقرة لمحكمة النقض .

موافقة الهيئتين مجتمعتين بأغلبية احدى عشر عضواً (١) .

والواقع أن قضاء النقض هو الأساس وراء خلق القواعد القضائية ، وتكتسب هذه القواعد قوتها المزمة من وجود هذه المحكمة علي رأس السلطة القضائية ، ومن ثم فإن القواعد القضائية تسير عليها المحاكم ويلتزم بها الناس فى حياتهم وتحظى باحترام وتقدير رجال القانون . فمتى استقر قضاء النقض على مبدأ معين ، فإن المسألة تعتبر قد حسمت من الناحية القانونية ويندر منازعة الخصوم فيها مستقبلاً . ومن أهم عناصر تدعيم حجية القواعد القضائية نشرها فى مجموعات قضائية منتظمة ليتحقق العلم بها واتباعها .

وانشاء القواعد القضائية لا يتأتى فقط من اكمال النقض التشريعى ، بل أن القضاء يقوم بخلق هذه القواعد بمناسبة تفسير القانون كخطوة أولية لتطبيقه . فمحكمة النقض تقوم بتوحيد تفسير المحاكم للقانون ، ولا يتحقق ذلك إلا باعتبار التفسير جزءاً لا يتجزأ من النص وله نفس قوته الملزمة والعمومية التى تتميز بها القاعدة التشريعية . فإذا أرست محكمة النقض قاعدة قضائية بمناسبة تفسير نص معين فإن هذه القاعدة تندمج بالنص محل التفسير وتكون لهما صفة العمومية ونفس القوة الملزمة . ويقتضى أداء محكمة النقض لدورها فى توحيد تفسير القانون منحها السلطة

---

(١) تتكون محكمة النقض من ثلاث دوائر : الدائرة الجنائية ، الدائرة المدنية والتجارية ، دائرة الأحوال الشخصية ، وتصدر الأحكام فى كل دائرة من خمسة مستشارين . وتشكل الجمعية العمومية لمحكمة النقض من هيئتين كل منهما من احد عشر مستشاراً برئاسة رئيس المحكمة او احد نوابه احداهما للمواد الجنائية والثانية للمواد الأخرى .

القانونية لغرض التفسير الذى تتوصل إليه .

(د) دور القضاء فى انشاء النصوص التشريعية :

تتسم القواعد والمبادئ التى يضعها القضاء بالواقعية لأنها وليدة الواقع وقريبة من الحياة العملية ، لذا فهى تتصف بالمرونة لأنها نابعة من ظروف الحياة الفعلية وتتلائم معها وتستجيب لمقتضياتها . لذلك فإن المشرع كثيراً ما يتدخل لصياغة ما استقر عليه القضاء فى نصوص تشريعية ، بل أنه كثيراً ما يأخذ بالتوصيات التى تصدرها محكمة النقض فى أحكامها وتدعو المشرع فيها للتدخل وتعديل نص قائم أو تكملة فراغ تشريعى معين . وينبغى على المشرع ، عند سنه للتشريع ، مراعاة ما يسير عليه القضاء حتى يضمن للقانون الصادر النجاح والفعالية .

الباب الثالث

تطبيق القانون

يقوم القضاء بتطبيق القانون ، وهو فى هذا التطبيق يقوم بتفسيره مستعيناً بعدة ضوابط . وللقانون نطاق سريان معين سواء من حيث الزمان أو من حيث المكان ، لذا نعرض على التوالى لتلك المسائل فى الفصول التالية :

الفصل الأول : السلطة القضائية .

الفصل الثانى : تفسير القانون .

الفصل الثالث : تطبيق القانون من حيث المكان .

الفصل الرابع : تطبيق القانون من حيث الزمان .

الفصل الأول

السلطة القضائية

القضاء يعتبر أحد سلطات الدولة الثلاث ، وهو الذى يقوم على تطبيق القانون . ويؤكد الدستور استقلال القضاء ، ويحرص على توفير الضمانات له حتى يعمل القضاء فى جو من الثقة والحرية .

ينقسم القضاء إلى جهتين : جهة القضاء العادى وهى ذات الولاية العامة التى تختص بالفصل فى جميع المنازعات إلا ما يستبعد صراحة من اختصاصها بنص صريح (١) .

---

(١) القضاء العادى - وعلى ما هو مقرر فى قضاء هذه المحكمة - هو صاحب الولاية العامة فى نظر المنازعات المدنية والتجارية وأن أى قيد يضعه المشرع للحد من هذه الولاية - ولا يخالف به أحكام الدستور - يعتبر استثناءاً وارداً على أصل عام ومن تم يجب عدم التوسع فى تفسيره - لما كان ذلك وكان النص فى المادة ٦٦ من القانون ٤٧ سنة ١٩٧٢ بتنظيم مجلس الدولة .. يدل على أن المشرع لم يسبغ على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة ولاية القضاء فى المنازعات التى تقوم بين فروع السلطة التنفيذية ، ذلك أن هذه الجمعية ليست من بين ما يتألف منه القسم القضائى بمجلس الدولة ولا تتبع عند طرح المنازعة عليها الاجراءات التى رسمها قانون المرافعات أو أية قواعد اجرائية أخرى تقوم مقامها وتتوافر بها سمات اجراءات التقاضى وضماناته ، وهى على هذا النحو لا تعد من جهات القضاء أو الجهات ذات الاختصاص القضائى وإنما تختص فقط بمهمة الافتاء فى المنازعات بابداء الرأى مسبباً على ما افصح عنه صدر النص السالف . ولا يؤثر فى ذلك ما اضفاه المشرع على رأيها من صفة الالزام للجانبين لأن هذا الرأى الملزم لا يتجاوز حد الفتوى ولا يرقى به نص المادة ٦٦ المشار إليها إلى مرتبة الأحكام فلا يجوز الرأى الذى تبديه بشأن ما يطرح عليها حجية الأمر المقضى . لما كان ذلك وكان المشرع لم يضع - على أى وجه - قيداً يحول بين هذه الجهات وبين اللجوء مباشرة إلى جهة القضاء للحصول على حكم قضائى قابل للتنفيذ الجبرى وكانت المنازعة المطروحة هو ما تختص به جهة -

وهناك جهة القضاء الادارى (مجلس الدولة) وتختص بنظر المنازعات التى تكون الادارة طرفًا فيها ، وذلك كمنازعات الجنسية والقرارات الادارية والعقود الادارية .

المبحث الأول

القضاء العادى

وتضم القضاء المدنى ، والقضاء الجنائي وعلى رأسهما محكمة النقض .

(أ) القضاء المدنى :

ويختص بالفصل فى المنازعات المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية ، ويضم ثلاثة أنواع من المحاكم : فهناك المحاكم الجزئية وتوجد فى عاصمة كل مركز أو قسم وهى فى أسفل السلم القضائى إذ تختص بالمنازعات الصغيرة التى لا تجاوز قيمتها حداً معيناً (١) .

وهناك المحاكم الابتدائية وتختص بالمنازعات التى تزيد قيمتها عن النصاب السابق . وتليها محاكم الاستئناف وتختص بالنظر فى الطعون المرفوعة ضد أحكام المحاكم الابتدائية .

- - القضاء العادى - فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدفع بعدم الاختصاص الولائى يكون قد انتهى إلى نتيجة صحيحة . (الطعن ١١٠٧ لسنة ٥٠ق جلسة ٨٤/٣/٢٠ س ٣٥ ص٧٥٨) .

(١) وهو ١٠٠٠٠ جنيه طبقاً للقانون ١٨ لعام ١٩٩٩) .

(ب) القضاء الجنائى :

ويختص بنظر الأفعال محل التجريم وتطبيق العقوبات المقررة بشأنها .

وينقسم إلى محاكم الجنح وتختص بالنظر فى المخالفات والجنح ، ومحاكم الجنح المستأنفة وتختص بالنظر فى الطعون المرفوعة أمامها ضد أحكام محاكم الجنح ، ومحاكم الجنايات وتوجد فى نفس المدن التى بها محاكم استئناف وتختص بالنظر فى الجنايات وبعض الجنح .

(جـ) محكمة النقض :

وتعتبر قمة جهة القضاء العادى ، وهى محكمة وحيدة وتنظر كافة المسائل المدنية والتجارية والجنائية ومسائل الأحوال الشخصية .

« ومهمة هذه المحكمة هي السهر على توحيد فهم القانون وتوحيد الاتجاهات القضائية فى شأنه فضلاً عن أنها تراقب سلامة وحسن تطبيقه وهى تمارس تلك المهام بمناسبة ما يرفع إليها من طعون فى الأحكام الصادرة أساساً من محاكم الاستئناف بسبب مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله ، أو إذا وقع بطلان فى الحكم أو فى الاجراءات أثر فى الحكم » .

المبحث الثانى

القضاء الادارى

ويتمثل فى مجلس الدولة حيث يختص بالمنازعات التى تكون الادارة طرفاً فيها ، وينقسم إلى قسمين : قسم الفتوى ويقوم بابداء الرأى فى المشاكل القانونية التى تعرضها عليه الجهات الادارية ويقوم كذلك باعداد مشروعات القوانين واللوائح التى تحال إليه .

وهناك القسم القضائى ويفصل فى المنازعات الادارية ، وينقسم إلى عدة درجات من المحاكم : المحاكم الادارية ، ومحكمة القضاء الادارى ، والمحكمة الادارية العليا التى تأتى على قمة القضاء الادارى .

المبحث الثالث

المحكمة الدستورية العليا

وتقوم على رأس الجهاز القضائى . وتختص بنظر دستورية القوانين ، وذلك فى حالة الادعاء أمام احدى المحاكم بأن القانون المراد تطبيقه مخالف للدستور كما رأينا من قبل . وتقوم بتفسير النصوص التشريعية التى يُختلف على مضمونها وذلك حرصاً على وحدة التطبيق أمام المحاكم كما سنرى .

وتختص المحكمة بالفصل فى حالات التنازع على الاختصاص بين جهات القضاء سواء كان التنازع ايجابياً أو سلبياً . فقد ترفع الدعوى أمام جهتين قضائيتين (قضاء عادى وقضاء ادارى مثلاً) وتدعى كل جهة الاختصاص (تنازع ايجابى) أو عدم الاختصاص (تنازع سلبى) بنظر الدعوى . هنا تعين المحكمة الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى .

وتختص المحكمة كذلك بالفصل فى النزاع القائم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين ، صادر أحدهما عن أى جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائى والآخر من جهة أخرى ، كما لو صدر حكم نهائى من القضاء الادارى مناقضاً لحكم آخر نهائى من القضاء العادى ويستحيل بالتالى تنفيذ الحكمين .

الفصل الثانى

تفسير القانون

مفهوم التفسير :

يستلزم تطبيق القواعد القانونية فى الواقع العملى القيام بتفسيرها أى التعرف عليها وتحديد مضمونها والشروط التى تلزم لتطبيقها ومدى انطباقها على الحالة المعروضة أمام المحكمة .

والنص قد يكون سليمًا وواضحًا ، إلا أنه فى بعض الأحيان يشوبه نقص أو غموض أو تناقض ، وفى كلتا الحالتين فإن التفسير أمر لازم لتطبيق النص على النزاع المطروح أمام المحكمة .

ونعرض لأنواع التفسير ، وطرقه ، ثم نبين حاجة القانون إلى الملاءمة والتطوير .

المبحث الأول

أنواع التفسير

هناك ثلاثة أنواع من التفسير حسب الجهة التى تقوم به : التفسير التشريعى ، التفسير القضائى ، التفسير الفقهى .

المطلب الأول

التفسير التشريعى

قد تختلف المحاكم عند تطبيق قانون معين وتصدر كل

محكمة حكماً مختلفًا في مسائل متشابهة بسبب فهم كل منها للقانون على نحو مغاير ، وقد تقوم المحاكم بتطبيق القانون على نحو يخالف قصد المشرع الحقيقى . فهنا يتدخل المشرع ليصدر تفسيراً للقانون تلتزم به المحاكم (١) .

فالتفسير التشريعي تقوم به ذات السلطة التى أصدرت التشريع المراد تفسيره ، لهذا يعتبر التفسير جزءاً مكملاً للتشريع ويكون ملزماً للقاضى يتقيد به عند التطبيق . بل أن السلطة المفسرة تستطيع أن تنتهز الفرصة لتعدل أو تضيف بعض الأحكام في التشريع الذى ربما يكون قد خرج فى عجالة وتبين نقصه أو تعيبه عند التطبيق ، وهذا أمر جائز لأن السلطة التى تقوم بالتفسير هي التى أنشأت التشريع وتختص به .

ويجب التحقق من أن المشرع قصد تفسير التشريع السابق وليس تعديله أو الغائه لأن تفسير التشريع يسرى بأثر رجعى منذ صدور النص محل التفسير ، لأن التفسير يصبح جزءاً لا يتجزأ من هذا النص (٢).

---

(١) وتقرر محكمة النقض بأن المشرع له الحق الدستورى فى اصدار تفسير تشريعى للقانون . هذا الحق لا تؤثر فيه استطالة الزمن بين القانون التفسيرى والقانون محل التفسير ، ولا استقرار أحكام القضاء الابتدائى والاستئنافى بما فصلت فيه من قضايا مماثلة على وجهة نظر واحدة غير متعارضة . ذلك أن قيام التعارض فى الأحكام ليس بشرط يلزم توافره قبل أن يعمد المشرع إلى اصدار التشريع التفسيرى ، بل يكفى فى هذا الخصوص أن يرى المشرع أن المحاكم لم تستبن قصده الحقيقى من التشريع المفسر . نقض ١٩٥٩/٥/٧ س ١٠ ص ٣٩٠ – ١٩٦٠/١٢/٢٩ س١١ ص ٦٨١ .

(٢) التفسير التشريعى ، وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض ، يعتبر كاشفاً عن حقيقة مراد الشارع بالقانون محل التفسير منذ تقنينه لا منشأ –

أما إذا انطوى التفسير على تعديل للنص فأنه يسرى بأثر فورى لأننا نكون بصدد نص جديد .

إن التفسير التشريعي لا يعد تشريعاً جديداً ، بل متمماً للتشريع الأصلي ، ويعتبر كأنه قد صدر فى الوقت الذى صدر فيه هذا التشريع ، لذا فإنه يسرى فور العمل به ، كما يسرى على كافة العلاقات والوقائع التى تمت منذ سريان التشريع محل التفسير والتى لا زالت منظورة أمام القضاء ، ولا يخرج عن ذلك سوى المنازعات التى تم الفصل فيها بأحكام نهائية استنفذت طرق الطعن فيها .

= لحكم جديد ومن ثم يعتبر نافذاً منذ تاريخ العمل بهذا القانون . نقض ١٩٦٧/٧/٢٣ س ١٨ ص ٩٢٧ .

المقرر أن من حق المشرع أن يصدر قانوناً تفسيرياً يكشف به عن حقيقة المراد بقانون سابق وأن هذا الحق لا يؤثر فى استطالة الزمن بين القانونين ، وأن القانون التفسيرى كاشفاً عن حقيقة مراد الشارع من تاريخ سريان القانون السابق الذى فسره لا منشأ لحكم جديد . (الطعن ٢٢٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٢/٢٦ /٨١ س ٣٢ ص ٢٤٣٣ .

النص فى المادة ١٢ مكرراً من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ على ان «للجنة العليا للاصلاح الزراعى تفسير احكام هذا القانون وتعتبر قراراتها فى هذا الشأن تفسيراً تشريعياً ملزماً وتنشر فى الجريدة الرسمية» هذا النص لا يسلب المحاكم حقها فى تفسير القانون المذكور ، وكل ما عناه المشرع من النص المذكور هو أن ما تصدره اللجنة المشار إليها من تفسيرات لأحكام هذا القانون تعتبر تفسيراً تشريعياً يتعين على المحاكم أن تلتزمه فيما تصدره من أحكام . (الطعن ١٥١ لسنة ٤٢ق - جلسة ١٩٧٧/٤/٥ س ٢٨ ص ٨٨٥) .

إذ كان التفسير التشريعي هو التفسير الذى يضعه المشرع ليبين به حقيقة قصده من تشريع سابق ومبنى حكم هذا التشريع حسماً لما يثار من خلاف بشأنه وكان التشريع المفسر لا يلغى التشريع السابق ، ولا يعتبر من الناحية الموضوعية تشريعاً جديداً طالما انه يوضح قصد المشرع من التشريع السابق عليه . وهو بهذه المثابة يعتبر انه قد صدر مع التشريع الذى يفسره فيسرى على الحالات التى لم يفصل فيها دون أن يكون له اثر رجعى . نقض ١٩٧٧/١٢/٢٨ س ٢٨ ص ١٩٥٢ .

ولكن يشترط لذلك الا يتضمن التفسير أى تعديل أو اضافة إلى التشريع المفسر . أما إذا اشتمل التفسير على تعديل أو اضافة فإنه لا يسرى على الماضى ، بل يسرى بأثر فورى على الوقائع التى تحدث بعد صدوره وبشرط استيفاء كافة الاجراءات الواجب اتباعها عند اصدار تشريع جديد من نفس الهيئة . وإذا تبين للقاضى ان التفسير يتضمن تعديلاً أو اضافة ، فعليه الامتناع عن تطبيقه ، بل ويجوز الطعن على هذا التفسير بعدم الدستورية .

إلا أنه فى بعض الأحيان يفوض المشرع سلطة أخرى فى تفسير التشريع تفسيراً ملزمًا . مثال ذلك فى مصر اختصاص مجلس ادارة الهيئة العامة للاصلاح الزراعى بتفسير أحكام قانون الاصلاح الزراعى. واختصاص لجنة عليا بتفسير قانون ايجار الأماكن (١). واختصاص المحكمة

---

(١) القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٩ الصادر بتاريخ ٩ يناير سنة ١٩٦٩ وفقاً لما تراه هذه المحكمة ، قانون تفسيرى كشف عن حقيقة مراد المشرع من المادة السادسة من القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ منذ تقنينها ، وهو أن يستمر المؤمن عليا فى العمل او أن يلتحق بعمل جديد بعد سن الستين متى كان قادراً على ادائه حتى يستكمل المدة الموجبة لاستحقاق المعاش وقدرها مائة وثمانون شهراً ، وإن هذه المدة لا تنصرف إلى مدة الاشتراك الفعلية فى التأمين وحدها بل يدخل فى حسابها مدة الخدمة السابقة على اشتراك المؤمن عليه فى التأمين إذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وقضى برفض دعوى الطاعن (العامل) تأسيسًا على أن مدة خدمته لدى الشركة المطعون ضدها جاوزت عشرين عاماً ، وبذلك يكون قد استكمل المدة المقررة لاستحقاق المعاش وإن بدأ اشتراكه فى التامين فعلاً فى اول يونية سنة ١٩٥٥ ، وأنه لا يحق له بالتالى ان يستمر فى عمله بعد بلوغه سن الستين فى ابريل سنة ١٩٦٤ ، فإن النعى على الحكم بالخطأ فى تفسير القانون وتطبيقه يكون على غير أساس . (الطعن رقم ٣٤٨ لسنة ٣٦ق - جلسة ١٩٧٣/١٢/١٠ س٢٤ ص ٢١٥) .

الدستورية العليا بتفسير كل النصوص التى يعرضها عليها وزير العدل كما سنرى .

وفى هذه الحالات تستطيع هذه الجهات القيام بالتفسير ويكون ملزماً للقاضى . ولكن مهمتها تقتصر على التفسير وليس لها حق التعديل أو الاضافة لأن ذلك من اختصاص السلطة التشريعية . وإذا تضمن التفسير أى تعديل أو اضافة فإنه لا يطبق لأن السلطة التى أصدرته غير مختصة ، وتكون بذلك قد خرجت عن حدود المهمة الموكولة إليها ، حيث لا يجوز لها اصدار قواعد جديدة ، ولئن فعلت فلا قيمة بما تصدره ، ولا يلتزم القضاء بتطبيقه بمقتضى ما له من سلطة مراقبة صحة الشريع .

المطلب الثانى
التفسير القضائى

(أ) المبادئ العامة :

يقوم القاضى بتفسير القانون حتى يتمكن من تطبيقه على النزاع المعروض عليه . فالنصوص تعتبر عامة مجردة ويتولى القاضى أعمالها واستخراج الحلول منها للمشاكل الماثلة أمامه . ويقوم القضاء ، أحيانًا ، تحت شعار التفسير بخلق قواعد قضائية ، بصفة خاصة فى حالات النص الغامض أو المعيب . يتوصل القضاء إلى الكثير من المبادئ انطلاقاً من تفسير بعض القواعد التشريعية .

لذلك فإن التفسير القضائى يعتبر ذا صبغة عملية لأن القاضى لا يقوم بالتفسير إلا بمناسبة نزاع مطروح أمامه فهو لا يقوم بذلك من تلقاء نفسه بل بناءاً على طلب الخصوم

ورغبة فى الوصول إلى الحل المناسب للمعطيات والظروف والملابسات العملية التى تعرض أمامه ، ومدى انطباق النص عليها (١) .

والتفسير القضائى وإن طبق على النزاع المعروض إلا أنه لا يكون ملزمًا للمحاكم الأخرى ، بل أن المحكمة التى فسرت القانون على نحو معين بمناسبة نزاع سابق تستطيع أن تعدل عن هذا التفسير وتأخذ بتفسير آخر فى قضية مماثلة . كما أن المحاكم الأدنى درجة لا تتقيد بهذا التفسير ، والاستثناء الوحيد على ذلك هو التفسير الذى تصدره المحكمة الدستورية العليا فى مصر ، فهو يكون ملزماً لكل المحاكم .

(ب) اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير القانون :

خول المشرع المحكمة الدستورية العليا الاختصاص بتفسير القانون بالشروط التالية :

١- تتولى المحكمة تفسير نصوص القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور . مؤدى ذلك عدم اختصاص المحكمة باصدار تفسيرات ملزمة لنصوص الدستور والتشريعات الفرعية الصادرة عن السلطة التنفيذية .

٢- يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناء على طلب

---

(١) وتطلب جهة الادارة ، أحياناً من ادارة الفتوى بمجلس الدولة تفسير بعض الموضوعات القانونية ولا تمارس ادارة الفتوى فى هذا الصدد عملاً قضائياً بل مجرد ابداء الرأى . ومن ثم فهو مجرد تفسير ادارى غير ملزم لجهة الادارة أو للقضاء .

رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية . وبناء عليه لا يجوز تقديم طلبات التفسير من الأفراد أو أية جهة أخرى .

٣- يجب أن يكون النص المراد تفسيره قد أثار خلافاً فى التطبيق وله من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيره ، لذا ينبغى أن يتضمن طلب التفسير النص المطلوب تفسيره وما أثاره من خلاف فى التطبيق ومدى أهميته التى تستدعى تفسيره تحقيقاً لوحدة تطبيقه .

٤- يجب على المحكمة أن تلتزم حدود التفسير فى تفسيرها النص القانونى المعروض عليها ، فليس لها أن تضع قاعدة قانونية جديدة تحت ستار التفسير وإلا اعتبر ذلك اغتصاباً لسلطة التشريع ، ولا يجوز لها التعديل فى النص أو الاضافة إليه أو الحذف منه أو تأويله بطريقة غير صحيحة تبعده عن قصد الشارع الذى أفصحت عنه نصوص أخرى .

٥- تكون قرارات التفسير الصادرة من المحكمة نهائية وغير قابلة للطعن ، وملزمة للكافة ولجميع سلطات الدولة ، وينبغى نشر هذه القرارات فى الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها (١) .

٦- يسرى قرار التفسير ، كقاعدة عامة ، بأثر رجعى منذ صدور النص محل التفسير ، ويطبق على كافة العلاقات التى نشأت قبل صدوره ولا زالت منظورة أمام القضاء . ولا يطبق على المنازعات التى تم الفصل فيه بأحكام حازت قوة

---

(١) القانون ٤٨ لسنة ١٩٧٩ الخاص بانشاء المحكمة الدستورية العليا (م٢٦ ، ٤٨،٣٣ ، ٤٩) .

الأمر المقضى فيه . ويجوز الطعن أمام القضاء الادارى فى القرارات الادارية الصادرة بناء على التفسير المخالف لتفسير المحكمة الدستورية العليا .

المطلب الثالث
التفسير الفقهى

ويقوم به الفقهاء ورجال القانون من خلال ما يعدون من مؤلفات وأبحاث أو فى صورة فتاوى تصدر فى مناسبات معينة .

والتفسير الفقهى لا يكون – عكس التفسير القضائى – بمناسبة حالة معروضة – بل هو تفسير عام يتناول القانون بصفة عامة فى جملته لذا فهو يتسم بالطابع النظرى .

إلا أن التفسير الفقهى يأخذ فى الاعتبار الواقع العملى من خلال دراسته لأحكام القضاء الصادرة تطبيقاً للقانون محل الدراسة والمشاكل التى تعرض بمناسبة تطبيق هذا القانون . لذلك فإن التعاون قائم بين الفقه والقضاء بهدف الوصول إلى الحلول الملائمة من خلال التفسير السليم للنصوص .

وقد انقسم الفقه ، بصدد تفسير القانون ، إلى عدة مدارس .

١- مدرسة التزام النص أو الشرح على المتون . ظهرت هذه المدرسة فى بداية القرن التاسع عشر ، وتتقيد بالنصوص تقيداً حرفياً ولا ينبغى البحث عن شئ من القانون خارج النصوص . ويجب البحث عن نية المشرع الحقيقية لحظة وضع التشريع فإذا لم تكن واضحة وجب البحث عن

النية المفترضة التى تستخلص من روح التشريع ومن تقاليد القانون . والتشريع هو المصدر الرسمى الوحيد للقانون لدى هذه المدرسة ، لذا فإن دائرة تفسيره تنحصر فى التشريع وحده .

٢- المدرسة التاريخية : وتنكر وجود القانون الطبيعى لأنه لا يوجد قانون ثابت أبدى ، فالقانون ينشأ فى البيئة ويتطور طبقاً للظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والاقليمية والدينية المحيطة بالمجتمع ، ومن ثم فإن القانون دائم التغير بحسب الزمان والمكان . لذلك فإن النصوص التشريعية تنفصل ، بمجرد صدورها ، عن ارادة المشرع وتتصل بحاجات الجماعة ويجب تفسيرها انطلاقًا من ظروف المجتمع وقت تطبيق النص لا وقت صدوره ، فالتفسير وسيلة دائمة لتطوير النصوص وضمان تفاعلها مع الظروف المتغيرة .

٣- مدرسة البحث العلمى الحر . وتسعى للتوفيق بين المدرستين السابقتين . وترفض هذه المدرسة فكرة كمال التشريع ، فالتشريع لا يتضمن حلولاً لكافة المشاكل . وفى حالة عدم وجود حل بالتشريع وجب اللجوء إلى مصدر احتياطى كالعرف . وينبغى أن يقتصر تفسير التشريع على ارادة المشرع دون تعديلها . وإذا لم يوجد نص أو عرف وجب على القاضى البحث عن الحل القانونى للنزاع المعروض عليه عن طريق البحث العلمى الحر ، وذلك من خلال المادة الأولية للقانون وتتمثل فى الحقائق التاريخية والطبيعية والعقلية والمثالية .

المطلب الرابع
التفسير الإدارى

تتولى السلطة التنفيذية مهمة تنفيذ القوانين التى تصدرها السلطة التشريعية . وتقوم الحكومة بتلك المهمة عن طريق العاملين فى المرافق المختلفة ، وتصدر إليهم منشورات تتضمن تعليمات وتفسيرات الجهة الادارية للنصوص القانونية . مثال ذلك ما يحدث فى مصلحة الضرائب وهيئة التأمينات الاجتماعية والشهر العقارى وادارة الجمارك . ويلتزم الموظفون بالتفسير الادارى عند تنفيذ القانون سواء فى علاقاتهم مع المصالح الادارية الأخرى أو فى علاقاتهم بالمواطنين .

يرى الفقه « إن التعليمات والمنشورات الادارية لا تتمتع بأى قوة الزامية فى مجال تفسير القانون ، ولا محل للتفرقة فى هذا الصدد بين المنشورات التنظيمية والمنشورات أو التعليمات التفسيرية . فهذه التعليمات لا تلزم إلا الموظف باعتبارها أعمالاً داخلية للادارة التى لا تملك اطلاقاً تعديل القاعدة القانونية واجبة التطبيق . والصفة التنظيمية للتعليمات لا تغير من الأمر شيئاً لأن التعليمات فى حد ذاتها تخلو من أى قيمة الزامية فى مجال تفسير القانون . بل أن التعليمات الادارية باعتبارها خارج نطاق التشريعات الفرعية لا تصلح لأن تكون مصدراً للحق أو للحرمان منه ، ولا يمكن لهذه التعليمات أن تقيد أو تلزم القضاء بما يرد فيها من تفسيرات . وللقضاء أن يقتنع بالتفسير ويتبناه أو أن يرفضه » .

وتذهب محكمة النقض فى نفس الاتجاه مقررة أن التعليمات الادارية التى لا يجوز اسباغ صفة اللائحة عليها ، لا تعتبر بتاتاً من التشريع ولا يرجع إليها عند تطبيق أو تفسير القانون (١) . وهى لا تعدو أن تكون تنظيمًا داخلياً ولا يجوز انزالها منزلة النص وجعل لها قوته الملزمة (٢) .

(١) نقض ١٩٨٣/٣/٢١ س ٣٣ ص ٧١٣ .

(٢) نقض جنائى ١٩٦٧/٥/٢٥ س ١٨ ص ١٤٣٤

المبحث الثانى

طرق التفسير

موقف المشرع من مدارس التفسير وقواعده :

تقضى المادة الأولى من القانون المدنى المصرى بأنه تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها .

ويعبر المشرع بذلك عن المذهب الذى تبناه فى التفسير ، وهو يزيد الأمر تفصيلاً فيما يتعلق بالأسس العامة الواجبة الاتباع فى هذا الصدد بقوله :

« ليس للتشريع فى حكم هذه الفقرة السلطان الجامع المانع الذى أمن به فقهاء الشرح على المتون فى مطلع القرن التاسع عشر . وإنما هو أهم مصادر القانون دون منازع ولا سيما فى ظل التقنين . ولذلك يخلق بالقاضى أن يلتمس الحكم الذى يطبق على النزاع فى نصوص التشريع أولاً ومتى وجد الحكم فيه أو استخلصه منه تعين أن يمضيه وامتنع عليه الأخذ بأسباب الاجتهاد .

ونصوص التشريع تسرى على جميع المسائل التى ينسحب عليها حكمه سواء استخلص هذا الحكم من عبارة النص أم من روحه . وليس أدعى الى اسلاس تطبيق القواعد التشريعية وتيسير أسباب المرونة لها من تقصى روح النص إما بالرجوع إلى مصادره التاريخية أو أعماله التحضيرية وأما باستنباط لوازمه أو بالكشف عن حقيقة مفهومه أو دلالته بطرق التفسير المختلفة . والاشارة إلى روح النص أو فحواه أفضل فى هذا المقام من الاشارة إلى نية المشرع . فهذه النية

أمر مستتر ، يفترض وجوده فى الغالب ، قد لا يطابق الحقيقة فى كثير من الأحيان وقد لا يتاح الوقوف عليه فى أحيان أخرى . فالواقع أن النص متى خرج من يد واضعيه اتصل بالحياة وتفاعل معها وأصبح للظروف الاجتماعية فى تحديد نطاقة ومراميه شأن يجاوز فى خطره تلك النية التى تقدم ذكرها » (١) .

يتضح من ذلك أن طريقة التفسير تختلف بحسب ما يكون عليه النص من وضوح أو غموض ، فالنص قد يكون واضحًا فى معناه وخالياً من كل عيب فيجب تفسيره من عباراته وألفاظه ، وقد يكون معيبًا فينبغى الاستعانة بعناصر خارجية لتفسيره .

المطلب الأول
التفسير اللفظى فى حالة وضوح النص

يتم فهم النص الواضح من عباراته وألفاظه أو من روحه وفحواه ، أى البحث عن معنى النص من خلال النص نفسه دون الاستعانة بعناصر خارجية عنه . وتسمى هذه الطرق بالطرق الداخلية للتفسير . وتتمثل فى : استخلاص معنى النص من عباراته ، أو من طريق الاشارة ، أو عن طريق دلالته (٢) .

(أ) استخلاص معنى النص من عباراته :

ينبغى فهم النص ، بداية ، على المعنى المستخلص من

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ١٨٧ .

(٢) نقض ٣٠/٥/١٩٨١ طعن ٦٣٢ س ٤٦ وقد جاء فيه أن نص القانون يستدل به على ما يفهم من عباراته أو اشارته أو دلالته أو اقتضاءه .

عباراته ، ويطلق عليه المعنى الحرفى أو الصريح للنص أى دلالة العبارة على المعنى المتبادر فهمه منها .

ويبدو ذلك جلياً فى حالة النص الواضح الصريح حيث لا يجوز الاجتهاد فى تفسيره بحجة البحث عن حل عادل مخالف لما ورد صراحة فى النص بل ينبغى التسليم بالمعنى الظاهر وعدم الانحراف عنه . ويكتفى المفسر بالتعرف على مضمون النص وشروط أعماله . وتعبر محكمة النقض عن ذلك المعنى من خلال المبادئ الآتية :

١- متى كانت عبارة القانون واضحة ولا لبس فيها فإنه يجب أن تعد تعبيراً صادقًا عن ارادة المشرع ولا يجوز الانحراف عنها عن طريق التفسير والتأويل أيًا كان الباعث على ذلك ، ولا مجال للاجتهاد ازاء صراحة القانون الواجب تطبيقه (١) . وتقرر كذلك بأنه متى كان النص واضحًا جلى المعنى قاطعاً فى الدلالة على المراد منه فإنه لا يجوز الخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالحكمة التى أملته لأن البحث فى حكمة التشريع ودواعيه إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه مما يكون معه القاضى مضطراً فى سبيل تعرف الحكم الصحيح إلى تقصى الغرض الذى رمى إليه والقصد الذى أملاه ، ذلك أن الأحكام القانونية تدور مع علتها لا مع حكمتها ومن ثم لا يجوز اهدار العلة والأخذ بالحكمة عند وجود نص واضح سليم (٢) .

---

(١) نقض جنائى ١٩٦٧/٢/١٩ س ٨ ص ١٢٨٦.

(٢) نقض ١٩٦٥/١٢/٢ س ١٦ ص ١١٩٠ - ١٩٧٢/٣/١٥ س ٢٣ ص ٤١٨ .

متى كان النص واضحًا جلى المعنى قاطعاً فى الدلالة من المراد منه فإنه لا يجوز الخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالحكمة التى أملته لأن -

٢- المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه متى كان النص عاماً مطلقاً فلا محل لتخصيصه أو تقييده باستهداء الحكمة منه إذ فى ذلك استحداث لحكم مغاير لم يأت به النص عن طريق التأويل (١) .

٣- من المقرر أن عنوان القانون ليس له قوة نصه الصريح وما يقتضيه منطوق ألفاظ هذا النص ، ولا يجوز التحدى بالعنوان بل المعول عليه هو نصوص القوانين ذاتها (٢) .

- البحث فى حكمة التشريع ودواعيه إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه مما يكون معه القاضى مضطراً فى سبيل تعرف الحكم الصحيح إلى تقصى الغرض الذى رمى إليه والقصد الذى أملاه ذلك أن الأحكام القانونية تدور مع علتها لا مع حكمتها ، ومن ثم لا يجوز اهدار العلة والأخذ بالحكمة عند وجود نص واضح سليم . نقض ٢٩/٥/١٩٨٠ س ٣١ ص ١٩٥٨ .

المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه متى كان النص عاماً مطلقًا فلا محل لتخصيصه أو تقييده باستهداء الحكمة منه إذ فى ذلك استحداث لحكم مغاير لم يأت به النص عن طريق التأويل . (الطعن ١٢٤٥ لسنة ٥٠ق جلسة ٢٦/٤/١٩٨٤) .

من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه متى كان النص القانونى واضحاً جلى المعنى قاطعًا فى الدلالة على المراد منه ، فلا محل للخروج عليه أو تأويله بدعوى تفسيره استهداء بالمراحل التشريعية التى سبقته أو بالحكمة التى أملته وقصد الشارع منه أو ما تضمنته المذكرة الايضاحية من بيانات لا تتفق وصريح عبارة النص ، ذلك أن محل هذا البحث إنما يكون عند غموض النص او وجود لبس فيه . (الطعن ٧٣٨ لسنة ٥٣ق - جلسة ١٥/١١/١٩٨٩) .

متى كانت نصوص القانون واضحة جلية المعنى فالبحث عن حكمة التشريع ودواعيه لا يكون له محل ، وإنما يكون ذلك عند غموض النص أو وجود لبس فيه مما يكون معه القاضى مضطراً ، فى سبيل تعرف الحكم الصحيح ، إلى تقصى الغرض الذى رمى إليه والقصد الذى أملاه . (الطعن ٩ لسنة ١١ق - جلسة ١/٥/١٩٤١) .

(١) نقض ٢٦/٤/١٩٨٤ طعن ١٢٤٥ س ٥٠ق .

(٢) نقض جنائى ٢٩/١٠/١٩٦٣ س١٤ ص ٧٢٩ .

لا يجوز التحدى بعنوانات القوانين فإن هذه العنوانات يضعها فى -

٤- يجب فهم النص عن طريق عبارته وتركيبها اللغوى ، أى البدء بادراك المعنى اللغوى لألفاظ النص ، إلا إذا تبين أن المشرع يجعل للفظ معنى اصطلاحيًا هنا ينبغى حمل اللفظ على معناه الاصطلاحى (١) أى المعنى الذى يستخدم فى لغة القانون وصياغته . ويجب كقاعدة عامة تغليب المعنى الاصطلاحى على المعنى اللغوى . فلفظ الزنا يدل لغة على العلاقة الجنسية غير المشروعة بين رجل وامرأة ، أما فى المعنى الاصطلاحى للقانون المصرى فهو العلاقة المحرمة بين اثنين يكون احدهما متزوجًا ، فلا يعتبر زانيًا غير المتزوج .

٥- لا ينبغى فهم النص على أساس كل لفظ ورد فيه على حده ، بل يجب ادراك المعنى من مجموع الألفاظ والعبارات على أساس الارتباط بينهما وتقريب كل منها بالآخر ، ولا يجوز أخذ كل عبارة بمنأى عن غيرها .

= العادة العمال المكلفون بطبع القوانين ونشرها وليس لها اقل قيمة ، بل المعول عليه هو نصوص القوانين ذاتها . (الطعن ٦ لسنة ٥ق - جلسة ١٦/٥/١٩٣٥) .

(١) نقض ٢٢/٦/١٩٧٦ س ٢٧ ص ٦٥٧ وقد جاء فيه أن الأصل فى قواعد التفسير أن المشرع إذا أورد مصطلحاً معيناً فى نص ما لمعنى معين ، وجب صرفه لهذا المعنى فى كل نص آخر يرد فيه .

الأصل فى قواعد التفسير أنه إذا أورد المشرع مصطلحاً معنياً فى نص ما لمعنى معين وجب صرفه لهذا المعنى فى كل نص آخر يرد فيه ، إلا أنه إذا تبين أن المعنى الاصطلاحى يجافى قصد المشرع فإن ذلك يؤكد أنه تحول عن هذا المعنى إلى معنى آخر غير ذلك الذى يدل عليه ظاهر النص ومن ثم فإن التعرف على الحكم الصحيح من النص يقتضى تقصى الغرض الذى رمى إليه والقصد الذى أملاه . (الطعن ٥١٠ لسنة ٥٥ق جلسة ٥/٤/١٩٩٠) .

(ب) استخلاص معنى النص عن طريق الاشارة :

ينبغى الأخذ بالمعنى الذى يستفاد من اشارة النص أى ما يعتبر لازماً للمعنى المستفاد من العبارة ، فهى مدلول اللفظ بطريق الالتزام . وقد يكون وجه التلازم بينهما ظاهر يفهم بقليل من التأمل ، وقد يكون خفياً فيحتاج تحصيل المعنى الالتزامى الذى يشير إليه النص إلى جهد وتفكير .

مثال ذلك النص على أنه إذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة أو على كيفية تقديرها وجب اعتبار أجرة المثل (١) . يدل هذا النص من طريق العبارة على اعتبار أجرة المثل فى حالة تعذر اثبات مقدار الأجرة ، ويفهم منه بطريق الاشارة أن عقد الايجار الذى لم يتفق فيه على مقدار الأجرة لا يكون باطلاً ، بدليل اعتماد القاضى فى تقديرها على أجرة المثل .

(جـ) استخلاص معنى النص عن طريق دلالته :

يمكن استخلاص المعنى عن طريق دلالة النص أى المعنى المأخوذ من روحه ومعقولة ، ويتضمن ذلك : الاستنتاج بمفهوم الموافقة ، والاستنتاج بمفهوم المخالفة ، والاستنتاج من باب أولى .

١- **الاستنتاج بمفهوم الموافقة** يعنى القياس أى تطبيق الحكم الموضوع لحالة معينة على كل حالة أخرى تتوافر فيها نفس العلة وتتفق معها فى الظروف . فمثلاً نص القانون على أن التوقيع على سند بالامضاء يعتبر حجة على صاحبه يمكن القياس عليه أن التوقيع بالبصمة أو الختم تكون له نفس الحجة .

---

(١) م ٥٦٢ مدنى .

ومثال ذلك أيضًا النص على أنه لا تجوز محاكمة من يرتكب سرقة اضرارًا بزوجته أو بزوجه أو أصوله أو فروعه إلا بناء على طلب المجنى عليه (١) . يتحدث النص عن السرقة فقط ولكنه ينطبق أيضًا فى حالة النصب وخيانة الأمانة لتوافر نفس العلة ومن ثم يجب عدم العقاب عليهما إلا بناء على طلب المجنى عليه .

٢- **الاستنتاج من باب أولى** ، وهو أن يتضمن النص حكمًا لحالة معينة ، ثم تعرض حالة أخرى تتوافر فيها علة الحالة الأولى بشكل أوفى وأزيد فيعطى حكم الحالة المنصوص عليها إلى الحالة غير المنصوص عليها من باب أولى .

ومثال ذلك نص القانون على أن من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها فى الحال هى ومن يزنى بها يعاقب بالحبس أى أن عقوبة الزوج القاتل تخفض من عقوبة الجناية إلى عقوبة الجنحة ، يواجه النص فرض قتل الزوج للزانيين معًا ولكن الزوج يستفيد من التخفيف من باب أولى إذا قتل أحدهما فقط أو أحدث بهما عاهة مستديمة (٢) .

وكذلك إذا انغلق باب الطعن بطريق الاستئناف لا يجوز من باب أولى الطعن بطريق النقض (٣) .

٣- **أما الاستنتاج بمفهوم المخالفة فهو** « اعطاء حالة غير منصوص عليها عكس حكم حالة منصوص عليها ،

---

(١) م ٣١٢ عقوبات .

(٢) م ٢٣٧ عقوبات .

(٣) نقض جنائى ١٩٦٣/١٢/٢٣ س ١٤ ص ٣٥٤ .

أما لاختلاف العلة فى الحالتين ، وأما لأن اقتصار النص على هذه الحالة يفيد تخصيصها وحدها بالحكم الوارد فيه ونفى هذا الحكم عما عداها من حالات من نفس النوع » .

مثال ذلك نص القانون على أنه إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن . يدل هذا النص بمفهوم المخالفة على أن تبعة الهلاك بعد التسليم تكون على المشترى (١) .

المطلب الثانى

التفسير المستخلص من عناصر خارجية

فى حالة النص المعيب

قد يجد المفسر أن النص المراد تفسيره معيب ، فيلجأ إلى عناصر خارجية للكشف عن مراد الشارع منه . ونعرض للمقصود بالنص المعيب ثم نبين طرق تفسيره .

الفرع الأول

النص المعيب

يرجع عدم وضوح النص إلى عيب فيه ، ويكون النص معيباً إذا شابه غموض أو تناقض أو نقص أو خطأ .

(أ) غموض النص :

يتحقق الغموض إذا كان أحد ألفاظ النص أو مجموع

---

(١) م ٤٣٧ مدنى

عباراته يحتمل أكثر من معنى واحد . مثال ذلك نص قانون العقوبات على أن كل من اختلس منقولاً مملوكاً لغيره فهو سارق ، ثار التساؤل عما إذا كان التيار الكهربائى يعد منقولاً . قررت محكمة النقض اعتباره كذلك لأن له قيمة مالية ويمكن حيازته ونقله من حيز إلى آخر ، ومن ثم فإن من يختلس الكهرباء يخضع لحكم السرقة .

ومثاله لفظ الليل الذى يجعله المشرع ظرفاً مشدداً لجريمة السرقة . فقد ثار التساؤل عما إذا كان المراد به المعنى الفلكى أى ما بين غروب الشمس وشروقها أم الفترة التى يسود فيها الظلام فعلاً . ويستقر الرأى على الأخذ بالمعنى الثانى .

(ب) النقص فى عبارة النص :

يتحقق النقص باغفال لفظ فى النص لا يستقيم الحكم بدونه ، أى أن النص يرد مقتضباً لا يتضمن الألفاظ أو العبارة التى تؤدى إلى استقامة حكمه .

مثال ذلك نص القانون المدنى القديم على أن التقادم المكسب بالمدة القصيرة يتم بالحيازة مدة خمس سنوات بسبب صحيح واغفلت ذكر شرط آخر وهو حسن النية . أضاف الفقه والقضاء هذا الشرط فى العمل ، ثم نص عليه القانون المدنى الجديد صراحة .

ومثاله أيضاً نص القانون المدنى القديم على أن كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعلة بتعويض الضرر ، فالمشرع لم يكن يقصد كل فعل بل قصد الفعل الخطأ فقط ، فالفعل غير الخاطئ لم يكن يستوجب المسئولية آنذاك . وقد راعى المشرع ذلك فى التقنين المدنى

الجديد ونص على أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض .

(جـ) تعارض النصوص :

يحدث التعارض بين النصوص فى حالة وجود تناقض بين أحكام التشريع الواحد أو بينها وبين أحكام تشريع أخر . ويقتضى ذلك التوفيق بين تلك الأحكام إن أمكن وإلا وجب تغليب أحد النصوص على الآخر .

فإذا كان التعارض بين أحكام تشريع واحد أو تشريعات متساوية فى الدرجة ومتحدة فى تاريخ صدورها ، وجب اتباع قواعد التفسير المختلفة الداخلية والخارجية لرفع هذا التعارض ، أو ينبغى بصفة خاصة أعمال قواعد الاستدلال السابقة مع ملاحظة أن هذه الدلالات ليست على درجة واحدة من القوة ، إذ يجب تغليب دلالة العبارة على غيرها وتغليب اشارة النص على دلالته .

وإذا كان التعارض بين تشريعات متفاوتة فى القوة أو مختلفة تواريخ صدورها ، وجب تطبيق مبدأ تدرج التشريعات أو قواعد النسخ الضمنى .

(د) الخطأ المادى :

ينطوى النص ، أحياناً على خطأ مادى أو معنوى ، كأن يرد فيه لفظ مقصود أو يتم اغفال لفظ أو حرف أو عبارة لا يستقيم النص بدونها ، أى أن مجموع عبارات النص تؤدى ، فى هذه الحالة ، إلى معنى غير مقبول .

مثال ذلك نص المشرع على أن « تسرى أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمال والطوافين والممثلين

التجاريين الجوابين ومندوبي التأمين وغيرهم من الوسطاء ... » (١) ، مع أن المقصود هو الممثلين التجاريين والجوابين فسقط حرف الواو سهواً .

ومثال الخطأ المعنوى النص على أنه لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمزاد العلنى (٢) . والواقع أن قيد حق الاختصاص لا يتصور إلا بعد أخذ الحق ذاته . والمقصود توافر شروط الملكية وقت أخذ الاختصاص .

الفرع الثانى

طرق تفسير النص المعيب

يلجأ المفسر عند غموض النص لعدة وسائل خارجية يستلهم منها المعنى الحقيقى له ، وتتمثل تلك الوسائل فى :

(أ) تقريب النصوص بعضها من بعض :

يستطيع المفسر استجلاء مضمون النص المعيب عن طريق المقارنة والتقريب بين اللفظ الغامض وباقى ألفاظ النص أو تقريب النص الغامض من النصوص الأخرى ، خصوصاً إذا كانت تتعلق بتشريع واحد .. ويمكن اجلاء غموض تشريع بتقريبه من نصوص تشريع أخر متى كانا من نفس الموضوع (٣) .

---

(١) م ١/٦٧٦ مدنى .

(١) م ١٠٨٨ مدنى

(٢) نقض ١٩٧٥/١١/٢٦ س ٢٦ ص ٨٤٥ .

فالقاعدة القانونية لا تبدو مستقلة أو منفصلة عن غيرها من القواعد ، فألفاظ النص والنصوص المختلفة فى النظام القانونى الواحد ترتبط ببعضها وتتكامل فيما بينها ويمكن الاستدلال على وجهة النص الغامض من وجهة نص آخر أو بالمقارنة بينهما ، ويتضح مراد الشارع من خلال الجمع بين نصين أو عدة نصوص سواء فى قانون واحد أو فى عدة قوانين .

(ب) المصادر التاريخية :

يمكن الرجوع إلى الأصل التاريخى للنص الغامض المراد تفسيره لتبين حقيقة قصد المشرع منه (١) . والمقصود بالمصدر التاريخى القانون الذى استقى منه المشرع أحكام النص الغامض . فيتم الرجوع إلى القانون الفرنسى إذا كان النص مأخوذاً عنه ، والرجوع إلى فقهاء الشريعة الاسلامية بالنسبة للنصوص المشتقة منها .

ومن التطبيقات القضائية ما قضت به الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف المختلطة من أن حق الشفعة لا يورث ، فإذا مات الشفيع قبل الأخذ بالشفعة فلا يجوز لوارثه أن يطالب بها . وقد أخذت المحكمة ذلك الحكم من الشريعة الاسلامية وبخاصة الفقه الحنفى الذى استقى منه المشرع أحكام الشفعة .

---

(١) نقض جنائى ١٩٦٧/٣/٧ س ١٧ ص ٣٣٤ .

وينبغى التذكير بأنه متى كان النص صريحاً جلياً فلا محل لتأويله بدعوى الاستهداء بمصدره التاريخى أو بالمراحل التشريعية التى سبقته . نقض ١٩٧٤/١٠/٢٩ س ٢٥ ص ١١٦٥ .

(جـ) حكمة التشريع :

يجب أن يستعين المفسر ، فى فهم المقصود بالنص ، بالغاية التى قصد المشرع تحقيقها من النص . هذه الغاية قد تكون مصلحة اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية أو أخلاقية .

مثال ذلك اعتبار الليل ظرفاً مشدداً للعقوبة فى جريمة السرقة ، فالحكمة من ذلك أن الظلام يشجع ويسهل ارتكاب الجرائم . هذه الحكمة لا تتوافر فى وقت الغسق (الفترة التى تلى الغروب مباشرة) أو فى وقت الفجر (ما قبل الشروق مباشرة) مع أن هاتين الفترتين تدخلان من الناحية الفلكية تحت لفظ الليل ، لذلك لا تشدد عقوبة من يرتكب السرقة خلالهما .

وينبغى ملاحظة أنه لا يجوز الاستعانة بحكمة التشريع إلا فى حالة النص المعيب ، حيث يستقر قضاء النقض على أنه متى كان النص واضحاً قاطع الدلالة على المراد منه ، فلا مجال للبحث عن حكمة التشريع ودواعيه ، ذلك أن استخلاص قصد الشارع لا يكون له محل إلا عند غموض النص أو وجود لبس فيه (١) .

(د) الأعمال التحضيرية :

وتعتبر الأعمال التحضيرية للنص من أهم طرق التفسير الخارجية التى يستعين بها المفسر للتعرف على قصد الشارع من النص المعيب . ويقصد بها مجموعة

---

(١) البحث عن حكمة التشريع ولا يكون إلا عند غموض النص أو وجود لبس فيه مما يكون القاضى معه مضطراً فى سبيل تعرف الحكم الصحيح إلى تقصى الغرض الذى رمى إليه والقصد الذى أملاه . (الطعن ١٣٩٢ لسنة ٤٧ق جلسة ٨١/٥/٢٩ س ٣١ ص ١٥٩٨) .

الأعمال التى سبقت أو عاصرت صدور التشريع ، وتضم المذكرات التفسيرية والتقارير المعدة ومناقشات الهيئة التى قامت بتحضيره وأعمال اللجان التى أعدته .

ويساعد الرجوع إلى الأعمال التحضيرية فى التعرف على نية المشرع وتفسير الألفاظ الغامضة ورفع التناقض بالنص وتكملة الناقص منه ، إلا أنه ينبغى ملاحظة أن الرجوع إلى الأعمال التحضيرية لا يكون إلا على سبيل الاستئناس ، فهى غير ملزمة للقاضى ، وهى كثيراً ما تعبر عن الآراء الشخصية لواضع المذكرة الايضاحية . ولا يجوز اللجوء إليها إلا فى حالة غموض النص ، أما إذا كان النص واضحاً وجب الالتزام بارادة المشرع المعلنة من خلال عبارة التشريع (١) .

---

(١) نقض ١٩٧٦/٥/١٢ س ٢٧ ص ١٠٨٧ .
القاضى مطالب أولاً بالرجوع إلى نص القانون ذاته واعماله على واقعة الدعوى فى حدود عبارة النص ، فإذا كانت واضحة الدلالة فلا يجوز الأخذ بما يخالفها مما يرد فى الأعمال التحضيرية – ومن بينها المذكرات التفسيرية المرافقة للقانون وتغليبها على عبارة النص لخروج ذلك عن مراد الشارع ، ولما كانت المادة الخامسة من القانون رقم ٤٤٩ لسنة ٥٤ – فى شأن تداول الأقطان الزهر الناتجة من تعميم تقاوى القطن الأشمونى – قد جعلت الجزاء على مخالفة حكم المادة الثانية من القانون توقيع عقوبتى الحبس مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر والغرامة التى لا تقل عن خمسة عشر جنيهاً ولا تزيد على مائتى جنيه أو احدى هاتين العقوبتين ومصادرة الأقطان ، موضوع المخالفة فإن كان من المتعين على المحكمة أن تطبق هذا النص على الواقعة المطروحة – بعد أن ثبتت لديها من العناصر التى أوردتها – والا تجرى عليها حكم المادة السادسة التى تعاقب على مخالفة لحكام المادتين ٣ و ٤ اللتين لا تنطبقان على الواقعة ، ولا عبرة بما جاء بالمذكرة الايضاحية سالفة الذكر أن الشارع خرج عن مقترحاتها فى شأن العقوبة الواجبة التطبيق عند مخالفة لحكام المادتين الأولى والثانية من القانون بأن جعل مدة الحبس لا تجاوز ثلاثة أشهر بدلاً مما جاء فى المذكرة من قصره على مدة لا تجاوز شهراً واحداً ، ويبدو –

المبحث الثالث

حاجة القانون إلي الملائمة والتطوير

إن تفسير القانون وتطبيقه يثير بالضرورة حاجته إلى الملائمة والتطوير .

(أ) الحاجة إلى الملائمة :

تقوم السياسة التشريعية فى العقاب على فكرة الملائمة ، حيث يقوم المشرع برسم حدود للعقوبة ما بين حد أدنى وحد أقصى ، ويترك للقاضى حرية تحديد المدة فى كل حالة على حدة . ويجوز الأخذ بالظروف المخففة ، وللقاضى حرية الاقتناع بأدلة القضية . ويجور الحكم بوقف تنفيذ العقوبة أو وضع المجرم تحت الاختبار . يستطيع القاضى من خلال تلك القواعد والنظم اختيار العقوبة الملائمة لكل مجرم على حدة .

إن الحاجة إلى الملائمة لا تقل أهمية فى المجالات الأخرى للقانون ، لأن القاعدة القانونية تتسم بالعموم والصرامة ويؤدى تطبيقها فى بعض الحالات إلى نتائج غير عادلة . إن العدالة يمكن أن تصحح وتخفف من صرامة القانون حينما

- ان واقع الأمر هو حدوث خطأ مادى فى هذه المذكرة حيث تحدثت عن جزاء مخالفة المادتين الثالثة والرابعة بان ذكرت المادة الثانية بدلاً من المادة الثالثة المقصودة ، وهو ما تداركه الشارع فى نص المادة السادسة من القانون ، وليس أدل على وقوع هذا الخطأ من ان المذكرة سبق ان تناولت جزاء المادة الثامنة واشارت إليه مع الجزاء المقرر للمادة الأولى فلم يكن سائغاً تكرار ذكر المادة الثانية مع المادة الرابعة وهو خلط يجب ان يتنزه عنه الشارع . (الطعن ٦٥٩ لسنة ٢٩ق - جلسة ١٩٥٩/٨/٩ س ١٠ ص ٦٣٨) .

تؤدى عمومية النص إلى نتائج غير ملائمة فى بعض الحالات الخاصة ، التى يبدو أن التشريع يشملها ، لكن روح القانون تستبعدها .

فالعقد شريعة المتعاقدين ويجب على المدين تنفيذ التزامه عيناً ، ولكن يجوز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى إذا كان التنفيذ العينى مرهقاً ولا يؤدى العدول عنه إلى الحاق ضرر جسيم بالدائن (١) . ويلعب مبدأ عدم جواز التعسف فى استعمال الحق دوراً هاماً فى هذا الصدد .

وقد سبق علماء الاسلام إلى ذلك من خلال علم أصول الفقه ، حيث أخذوا بمبدأ تخصيص العموم الذى يمكن بمقتضاه اخراج حالة معينة من حكم قاعدة تشملها فى الظاهر واخضاعها لحل مناسب يغاير الحكم الوارد فى التشريع . وأخذوا كذلك بالاستحسان أى ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس .. وترك العسر لليسر وهو أصل فى الدين . قال الله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر . وقال ﷺ خير دينكم اليسر . وقال لعلى ومعاذ رضى الله عنهما حين وجههما إلى اليمن يسراً ولا تعسراً قربا ولا تنفرا . ويقول الامام مالك أن الاستحسان تسعة أعشار العلم ، وكان الامام أبو حنيفة - يُكثر من الالتجاء إلى الاستحسان كلما أدى تطبيق القياس إلى نتائج غير عادلة. يتضح من ذلك أن العدالة تقضى التيسير على الناس وتفسير القانون بما يحقق هذا التيسير .

---

(١) م ٢/٢٠٣ مدنى

(ب) الحاجة إلى التطوير :

يجب مراعاة احتياجات التطوير بحيث يتمشى التطبيق القانونى مع تعاقب التغيرات الاجتماعية . إن التشريع يوضع لمواجهة واقع معين ثم يصبح حبيس النص الذى قد يصاغ صياغة جامدة لا تواجه الظروف الجديدة التى يكشف عنها خضم الحياة . إن الحركة الدائمة للبشر تولداً آثاراً متغيرة طبقاً للظروف والأحوال ، ويتمخض عنها فى كل لحظة وضع لم يعالجه التشريع .

ويعجز المشرع عن مواكبة ذلك التطور لأنه حينما يتنبه إلى ما يستجد من ظروف ويصوغ ما يلائمها من نصوص ، يكون تيار الحياة قد دفع موكب الأحداث إلى آفاق أخرى بعيدة ، وهكذا يصير كل تشريع متخلفاً اجتماعيًا عن المجال الذى يطبق فيه لأنه يعالج وضع الأمس ولا يجابه مستجدات المستقبل .

لهذا يبدو الدور الحيوى للفقه والقضاء فى تطوير القانون . أن أحكام المسئولية عن فعل الشئ مثل رائع للتعاون بين الفقه والقضاء نحو تطور القانون لمواجهة تغير معطيات الحياة المعاصرة فى جوانبها الاقتصادية والاجتماعية والتقنية ، بهدف ضمان حماية أكبر للمضرور فى مواجهة ذلك التطور .

فقد بدأ الدور الخلاق للقضاء الفرنسى عظيماً فى احياء نص قديم مهمل وجعله ينبض بالحياة لخلق مسئولية جديدة عن فعل الشئ ، لم تكن فى حسبان واضعى التقنين آنذاك . كانت مسئولية حارس الشئ قائمة على الخطأ الواجب الاثبات ، فأصبح هذا الخطأ مفترضاً ، ثم أصبح هذا الافتراض

غير قابل لاثبات العكس ، بل وتحلل القضاء من فكرة السببية بالمعنى التقليدى ، فلم يعد يشترط أن يكون الشئ هو السبب فى وقوع الضرر ، بل اكتفى بأن يكون مجرد عامل أو مناسبة لوقوعه . ومن ثم أصبحت مسئولية الحارس مفترضة عن كافة الأضرار التى يحدثها الشئ الواقع تحت حراسته ، يستوى فى هذا أن يكون الشئ ساكناً أم متحركاً ، تحت قيادته أم لا ، منقولاً كان أم عقاراً ، خطراً أم عادياً .

(جـ) أساليب الملائمة والتطوير :

– يميل **الاتجاه التقليدى** إلى الاستقرار القانونى القائم على مبادئ قانونية ثابتة كمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، والارتكان إلى قواعد قانونية واضحة ، ومحددة لا تتيح للقاضى سلطة التقدير والتحكم وتجعل أحكامه ثابتة ومستقرة ومتوقعة وبعيدة عن التقييم والذاتية لأنها بمثابة تطبيق آلى للنصوص .

لا شك أن هذا الاتجاه رغم مزاياه يؤدى إلى نوع من العدالة الشكلية حيث الاغفال التام للآثار الاجتماعية ومتغيرات الواقع ، لأنه يلتزم باتباع القياس المنطقى فى تفسير القانون وتطبيقه .

– يربط المنهج الاجتماعى بين الأنظمة القانونية والظروف الاجتماعية الملابسة لنشأتها . ويتعين على القاضى عند تطبيق القواعد القانونية ، أن يضع نصب عينيه المصالح التى أراد المشرع معالجتها ، وهو يحتاج إلى فحص وضع المصالح فى كل حالة على حدة ليتأكد من أن القاعدة القانونية التى يهتم بتطبيقها قد وضعت لتعالج مصالح من نوع تلك المطروحة عليه فى القضية الواقعية . إن

المصالح البشرية ، لاالقياس المنطقى ، يتعين أن تكون دليل القاضى . وتتعدد المصالح وتتنوع ، فقد تكون مادية أو مثالية أو دينية أو خلقية أو وطنية ، عامة أو خاصة . وعلى القاضى مراعاة مجموع هذه المصالح ، لأن واجبه ليس الخضوع الأعمى للقانون بل التطبيق الواعى له .

إن كشف السياسة التشريعية وسبر الحكمة من التشريع يعين القاضى على تطوير القانون على ضوء تغير ظروف المجتمع ، وبعد الموازنة بين اعتبارات الاستقرار وضرورات القيام بالتجديد فى اتجاه التطور الاجتماعى ، وهو يسترشد فى ذلك بالقيم السائدة فى المجتمع ، ويبنى حكمه على أسس موضوعية بعيدة عن التفكير الذاتى ، لأنه يعبر فى أحكامه عن ضمير المجتمع الذى يعيش فيه .

وهكذا يكون تفسير القانون جسراً ممتداً بين القاعدة والواقع ، على ضوء متغيرات الحياة المتجددة ، وينتقل به من حالة التجريد والثبات إلى حالة التجسيم والحركة ، لمسايرة تطورات الحياة . وتلك الفلسفة التى روج لها الفقه الألمانى سبق أن توصل إلى نتائجها الفقه الاسلامى منذ ما يزيد على ألف عام . فالمصلحة هى محور المنهج القانونى كما وضعه فقهاء المسلمين ، لذا تطورت الأحكام كلما تبدلت مصالح العباد .

ويتعين تفسير القانون بحسب ظروف الزمان والمكان عند تطبيقه وذلك باعتبار أن الأمم تتطور والظروف الاجتماعية تتغير . إن القانون ليس مجرد نظريات هندسية ، وإنما هو مرتبط بعوامل اجتماعية واقتصادية ، لذا يجب تفسيره عن طريق تلمس الحكمة من واقع الظروف المحيطة

عند تطبيقه . ومن ثم مطل القول الزام القاضى بالوقوف فى تفسير القانون عند حد ظاهر عبارته ، وإلا كان معنى ذلك انعزال القضاء عن الظروف الاجتماعية والاقتصادية التى يعيشها المجتمع .

وإذا أراد القاضى ملئ النقص فى التشريع أمكنه اللجوء إلى القياس ، ليس كعملية منطقية استنتاجية مجردة ، بل يتعين تقييم وضع المصالح ومراعاة الغاية من التشريع . وهذا ما يفعله إبن تيمية من فقهاء المسلمين ، فهو يقيم القياس على الوصف المناسب أو الحكمة أى المصلحة التى ابتغاها الشارع . فيجب مقارنة وضع المصالح فى الحالة الواقعية غير المنصوص عليها بمثيله فى الحالة النموذجية الواردة فى التشريع .

وينبغى التحفظ فى اعمال القياس فى مجال القانون الجنائى ، حيث يعتبر مبدأ الشرعية من الدعامات الأساسية للحرية الشخصية ، ومن ثم لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون (١) . لذا يحظر القياس فى تفسير نصوص التجريم ، فإذا لم يجد القاضى نصاً يجرم الفعل أو يحدد العقوبة وجب عليه الحكم بالبراءة . ولكن يجوز القياس فى تقرير أسباب لاباحة الفعل أو لامتناع المسئولية أو لامتناع العقاب ، لأن كل هذا فى صالح المواطنين ولا يصطدم بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات . مثال ذلك النص على أنه لا عقوبة على من قتل غيره أو أصابه بجراح أو ضربه أثناء استعماله حق الدفاع الشرعى . وقياساً على ذلك لا يعاقب من يرتكب جريمة أخرى غير القتل والضرب دفاعاً عن النفس أو المال .

---

(١) م ٦٦ من الدستور .

الفصل الثالث

تطبيق القانون من حيث المكان

الأصل أن قانون كل دولة يطبق على رعاياها وفى داخل اقليمها إلا أن الأمر من الناحية العملية ليس بهذه السهولة ، فانتشار العلاقات الدولية وازدياد النشاط التجارى وتنقل الأفراد والأموال بين الدول يثير التساؤلات حول امكان تطبيق القانون على الوطنيين المقيمين فى الخارج وعلى الأجانب المقيمين فى الداخل .

والاجابة على هذه التساؤلات تتوقف على المبدأ الذى تعتنقه الدولة فهناك مبدأ الاقليمية وهناك مبدأ الشخصية .

(أ) مبدأ اقليمية القوانين :

يطبق القانون على كل ما يقع داخل الاقليم وعلى كل الأشخاص الموجودين فيه ، وطنيين كانوا أم أجانب ، ولا يسرى القانون على ما يقع خارج الدولة ولا على الأشخاص المقيمين بالخارج حتى ولو كانوا من الوطنيين . أى أن القاعدة القانونية تسرى على كل ما يقع داخل حدود الاقليم وعلى كل الأشخاص الموجودين فيه . ولا تسرى على كل ما يقع خارج حدود هذا الاقليم ، فإذا قلنا مثلاً أن القانون الكويتى اقليمى التطبيق فإن ذلك يعنى أنه هو وحده الذى يسرى على كل ما يقع فى أرض الكويت وعلى كل المقيمين فيها ، كويتيين كانوا أو أجانب ، وأنه لا يسرى على ما يقع خارج حدود الكويت ، ولا يسرى على الأشخاص المقيمين خارج حدود الكويت ولو كانوا كويتيين .

(ب) مبدأ شخصية القوانين :

يقضى ذلك المبدأ بتطبيق القانون على كل رعايا الدولة حتى ولو كانوا فى الخارج ولا يطبق على الأجانب المقيمين فى الداخل ، فإذا قلنا مثلاً أن القانون اللبنانى شخصى التطبيق ، فمعنى ذلك أنه يطبق على اللبنانيين وحدهم حتى ولو كانوا خارج لبنان ، وأنه لا يطبق على الأجانب حتى ولو كانوا موجودين فى لبنان .

وإذا كان مبدأ الاقليمية يقوم على أساس ما للدولة من سيادة على اقليمها ، فإن مبدأ الشخصية يقوم على أساس ما للدولة من سيادة على رعاياها. وقد تفاوت الأخذ بكل من المبدأين بين الدول ، إلا أنه من الصعب تطبيق كل مبدأ على اطلاقه ، لذلك فإن الدولة تأخذ من حيث الأصل بأحد المبدأين ثم تورد عليه بعض الاستثناءات التى تخفف من حدته ، لهذا فإننا نجد فى النهاية تقارب الحلول والنتائج من الناحية العملية بين الدول .

(جـ) مبدأ اقليمية القانون المصرى :

المبدأ الأساسى فى القانون المصرى هو اقليمية تطبيق القانون ، فهو يطبق على كل من يقيمون فى مصر من وطنيين وأجانب (١)ولايطبق خارج مصر حتى على المصريين .

---

(١) ان سريان قانون (قانون الآثار مثلاً) على الأجانب ومدى هذا السريان من المسائل القانونية التى يجب على المحكمة ان تحلها على مقتضى القواعد العامة المعروفة من فقه القانون . (الطعن ٤٤ لسنة٧ق - جلسة ١٩٣٢/١٢/١٦) .

إذا صدر امر استيلاء على بضاعة مسعرة تسعيرة جبرية وجب تقدير قيمتها على حسب التسعير الجبرى حتى ولو كان من حصل الاستيلاء على بضائعه يمتهن مهنة التوريد للسفن ذلك لأن الواقعة لا تقوم على تقدير ثمن بيع -

(د) الاستثناءات التى ترد على مبدأ اقليمية القانون :

ولكن المبدأ السابق ترد عليه عدة استثناءات تمنع أحياناً تطبيق القانون المصرى داخل الدولة وتمد هذا التطبيق في أحيان أخرى إلى خارج الاقليم . فمبدأ اقليمية القانون ليس

- تم على ظهر سفينة راسية فى المياه الاقليمية مما لا محل معه للخوض فى بحث ما إذا كان عقد البيع فى هذه الحالة يخضع لقانون المحل أو لقانون علم السفينة ، وإنما تقوم على تصرف لا جدال فيه وقع فى الأراضى المصرية وهو الاستيلاء ، وهذا التصرف يحكمه القانون المصرى الذى حدد سعراً جبرياً لنوع البضاعة المذكورة دون ما نظر لأى اعتبار آخر مثل ثمن الشراء أو احتمال بيع البضاعة خارج الأراضى المصرية . (الطعن ٦٠ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/١٠/٢٤ س٧ ص ٧٣٣) .

إذا كانت المعاهدات الدولية قد أصبحت مصدر هامًا من مصادر القانون البحرى وطريقة لتوحيد أحكامه على النطاق الدولى وصارت قواعده بمقتضى هذه المعاهدات قواعد دولية معروفة لدى القضاء البحرى فى كثير من الدول ، وكانت مصر قد انضمت إلى المعاهدات الدولية الخاصة بتوحيد بعض القواعد القانونية المتعلقة بسندات الشحن الموقعة ببروكسل والتى أصبحت تشريعاً نافذ المفعول فى مصر بموجب المرسوم بالقانون الصادر فى ١٩٤٤/١/٣١ وكان بروتوكول هذه المعاهدات قد خول الدول المتعاقدة الحق فى تنفيذها أما باعطائها قوة القانون أو بادخال أحكامها فى تشريعها الوطنى ، وكان من المعلوم فقهاً وقضاء أن انجلترا قد أدخلت أحكام معاهدة سندات الشحن لسنة ١٩٢٤ فى تشريعها الداخلى حيث أصدرت قانون نقل البضائع بحراً لسنة ١٩٢٤ وجعلت أحكامه مطابقة لأحكام المعاهدة المذكورة التى أصبحت تشريعاً نافذاً فى مصر ، فأن علم القاضى بمضمون هذا القانون يكون مفترض ولا يكون ثمة محلاً لالقاء عبء اثبات مضمونه على عاتق من يتمسك به .(الطعن ٩٨٣ لسنة ٤٩ق - جلسة ١٩٨٤/٢/٦) .

أحكام وفاق ١٧ مايو سنة ١٩٠٢ - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - ملزم لكل من الجمهورية العربية المتحدة وجمهورية السودان وليس لاحداهما أن تعدل عن الطريقة المرسومة فيه والتحلل من أحكامه بعمل منفرد وذلك أخذاً بأحكام القانون الدولى العام فى شأن المعاهدات ، ولأنه وقد صدق على الوفاق من مجلس الوزراء ونشر فى الوقائع الرسمية فإنه يكون قانوناً من قوانين الدولة . (الطعن ٢٣١ لسنة ٣٥ق - جلسة ١٩٦٩/٥/٦ س ٢٠ ص ٧١٧) .

مطلقًا ، إذ ترد عليه بعض الاستثناءات التى تحد من تطبيق القانون داخل اقليم الدولة أو تمد هذا التطبيق إلى خارج هذا الاقليم . وتؤى هذه الاستثناءات فى الغالب إلى شخصية تطبيق القانون ، وتؤدى أحياناً إلى تطبيق القانون تطبيقًا عينياً :

١-تطبق القواعد القانونية المتعلقة بالحقوق والواجبات الوطنية (التى يقررها الدستور للوطنيين) تطبيقاً شخصياً أى تسرى على المصريين فى الداخل والخارج ، ولا تسرى على الأجانب المقيمين فى مصر . ومثال ذلك حق الانتخاب والترشيح للهيئات النيابية وحق تولى الوظائف العامة وواجب أداء الخدمة العسكرية . تتعلق هذه الحقوق والواجبات بالانتماء إلى الوطن ، ومن ثم فإن القواعد القانونية المنظمة لها تسرى فى حق الوطنيين وحدهم دون الأجانب ، أى أنها تطبق تطبيقاً شخصياً وليس اقليمياً .

يتضح من ذلك أن قواعد القانون الدستورى والقانون الادارى التى تقرر الحقوق السياسية وحق تولى الوظائف العامة ، يستفيد منها الوطنيون فقط ولا تسرى على الأجانب ، ذلك أن الاشتراك فى الحياة السياسية لكل شعب من الشعوب قاصر على أفراد هذا الشعب دون غيرهم ، صيانة لمبدأ سيادة الدولة .

٢- الأصل أن قانون العقوبات يخضع لمبدأ اقليمية القوانين ويسرى على كل من يرتكب جريمة داخل مصر من وطنيين وأجانب على السواء . إن سيادة الدولة ودواعى الأمن فيها تستوجب تطبيق النصوص الجنائية على كل من يخالفها ، أيًا كان المجنى عليه ، وطنياً أم أجنبياً ، وسواء هدد

الفعل المجرم مصلحة الوطن أو مصلحة دولة أجنبية .

ولكن قانون العقوبات يطبق ، فى بعض الأحيان ، على الجرائم التى ترتكب خارج الاقليم ، وعلى أشخاص غير مقيمين فى مصر ، وذلك لاعتبارات مختلفة :

- يطبق قانون العقوبات المصرى على الجرائم التى ارتكبت فى الخارج إذا كانت هذه الجرائم تُخل بأمن الدولة أو الثقة فى أوراقها الرسمية أو نقدها . ويطبق كذلك على الأشخاص المقيمين فى الخارج سواء كانوا مصريين أم اجانب إذا كانت الجرائم التى ارتكبوها قد وقعت كلها أو بعضها فى مصر . إن تطبيق قانون العقوبات فى هذه الحالات ، يعد استثناء من مبدأ الاقليمية ، وهو تطبيق عينى لأنه يتم رغم ارتكاب الجريمة فى الخارج ودون النظر إلى جنسية مرتكبها .

- ويطبق قانون العقوبات على ما يرتكبه المصريون فى الخارج من الجرائم عند عودتهم إلى أرض الوطن تهرباً من العقاب . هنا يتقرر الخروج على مبدأ اقليمية قانون العقوبات بما يؤدى إلى التطبيق الشخصى لهذا القانون .

٣- ولا يسرى مبدأ اقليمية القوانين بصرامة متناهية ، بل يسمح بقدر من المرونة ، فيجوز تطبيق القوانين الأجنبية على الأشخاص الأجانب ، اعمالاً لقواعد المجاملات فى المحيط الدولى(١) ، وابراز لمعانى العدالة على المستوى الانسانى .

---

(١) من المقرر أن قواعد القانون الدولى - ومصر عضو فى المجتمع الدولى معترف بقيامه - تعد مندمجة فى القانون الداخلى دون حاجة إلى اجراء -

ففى كثير من الأحيان تؤدى قواعد القانون الدولى الخاص إلى تطبيق القانون المصرى على علاقات خارج مصر ، وتطبيق القوانين الأجنبية على علاقات داخل مصر . وكما رأينا فإن القانون الدولى الخاص يعين القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبى (١) .

- تشريعى فيلزم القاضى المصرى باعمالها فيما يعرض عليه من مسائل تتناولها تلك القواعد ولم يتعرض لها القانون الداخلى طالما أنه لا يترتب على هذا التطبيق اخلال بنصوصه

استقرت قواعد القانون الدولى المتمثلة فى العرف الدولى على اعفاء المبعوثين الدبلوماسيين ومنهم المستشارين من الخضوع للقضاء الاقليمى للدولة المعتمدين لديها فى المسائل المدنية مطلقاً عدا المنازعات المتعلقة بنشاط المبعوث المهنى او التجارى او بأمواله العقارية فى الدولة الموفد إليها . وكان الثابت من مستندات الطاعن ومن بينها قائمة بأسماء المبعوثين الدبلوماسيين وبطاقة شخصية له صادرتين من وزارة الخارجية المصرية أنه عين من قبل دولته مستشاراً ثقافياً فإن ذلك يكفى لاثبات تمتعه بالحصانة (الطعنان ٢٩٥ ، ٣١١ لسنة ٥١ق - جلسة ١٩٨٢/٣/٢٥ س ٣٣ ص ٣٣٠) .

القواعد المنظمة للتمثيل القنصلى بصفة عامة مرجعها إلى قواعد القانون الدولى العام وضمن الاختصاصات المتعارف عليها للبعثات القنصلية قيام القناصل بعمل موثق العقود ومسجل الأحول المدنية فضلاً عن ممارسة بعض الاختصاصات ذات الطبيعة الادارية بالنسبة لمواطنيه وفقاً لأحكام قوانين الدولة التى ينتمى لها ما لم يتعارض ذلك مع قوانين الدولة الموفد إليها . (الطعن ٢٧ لسنة ٣٧ق - « أحوال شخصية » جلسة ١٩٧٤/١٢/٤ س ٢٥ ص ١٣٢٩) .

(١) لئن كان قانون الدولة التى يراد التمسك فيها بالحكم هو القانون الواجب التطبيق لتحديد ماهية الحكم وبيان ما يعتبر حكماً يصدر الأمر بتنفيذه ، إلا أنه بالنسبة لبيان الحكم فى مفهوم أحكام القانون الدولى الخاص فإن قانون القاضى الذى أصدره يكون هو وحده الذى يحدد بنيانه مما يجعله مستوفياً الشكل الصحيح ، وإن خالف فى هذا البنيان ما هو متواضع عليه فى مصر من الفصل بين أسباب الحكم ومنطوقه .(الطعن ٥٩٠ لسنة ٣٤ق - جلسة ١٩٦٩/٢/٢٨ س ٢٠ ص ١٧٦) .

الموطن وفق المادة ٤٠ من القانون المدنى إنما يتناول معناه نطاق القانون الداخلى باعتباره رابطة بين الشخص ومكان معين بالذات فى الاقليم -

ظهرت مع الزمن مجموعة من الحالات يتنازع العلاقة فيها القانون الاقليمي مع القانون الشخصي .وتعرف الحلول المتبعة فى هذه الحالات بقواعد « تنازع القوانين » . وقد أخذ القانون المدنى ببعض الحلول التى استقر عليها العمل الدولى . بحث المشرع عن مركز الثقل فى كل علاقة قانونية ، فوجده تارة فى الشخص ذاته الطرف فى العلاقة ، فيغلب العنصر الأجنبى ، ويجده تارة فى المكان الذى جرت فيه الواقعة التى تسببت فى نشوء العلاقة ، فيرجح العامل الاقليمى :

أولاً : بالنسبة للعلاقات القانونية التى يكون مركز الثقل فيها هو الشخص ذاته ، قضى المشرع بتطبيق قانون جنسية الشخص الطرف فى العلاقة . فيرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين . ويسرى قانون جنسية الزوج على آثار الزوج والطلاق . كل هذا ما لم يكن أحد الزوجين مصريًا وقت انعقاد الزواج ، فيسرى القانون المصرى وحده ، فيما عدا شرط أهلية الزواج (١) .

= الذى يقيم فيه عادة ، دون اعتداد بما إذا كان الشخص الذى يحدد موطنه بمقتضاها ينتمى إلى جنسية الدولة التى توطن فيها أم لا ، ويختلف عن فكرة الموطن فى القانون الدولى الخاص التى تبنى على صلة تقوم بين الشخص وبين اقليم دولة معينة مؤسسة على الجنسية ، تغلب عليها العلاقة الروحية وتخضع لمبدأ السيادة الاقليمية وتراعى فيها الاعتبارات السياسية ويترتب عليها اثرها فى تمتع الأجانب بالحقوق أو بيان القانون الواجب التطبيق عند تنازع القوانين ، وهى آثار مغايرة لما تحققه للأجانب فكرة الموطن فى سائر فروع القانون الداخلى من قبيل اعلان الأوراق القضائية أو تحديد الاختصاص المحلى ، وبالتالى فلا مساغ لما يذهب إليه الطاعن من انتفاء تقرير موطن للأجانب المقيمين فى بلد لا ينتمون بجنسيتهم إليه . (الطعن ٣٦ سنة ٤٥ق - « أحوال شخصية » جلسة ١٩٧٧/٦/١ ص ١٣٥٤) .

(١) م ١٢ ، ١٣ ، ١٤ مدنى .

وتطبيقًا لذلك قد يتم تطبيق قانون أجنبى على نزاع أطرافه أجانب معروض أمام القاضى المصرى ، مثال ذلك النزاع الأسرى الذى يثور بين زوجين فرنسيين ، حيث يطبق القانون الفرنسى . مفاد ذلك أن قواعد الأحوال الشخصية ، من زواج وطلاق ونفقة والحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم ، تطبق تطبيقاً شخصيًا . فبالنسبة للأجانب المقيمين فى مصر يطبق قانون جنسيتهم عليهم فى هذه المسائل ، ويطبق فيها القانون المصرى على المصريين بالخارج .

ويسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجورين والغائبين ، قانون الشخص الذى تجب حمايته . ويسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته (١) . فالقانون المصرى يطبق على تركة المصرى المتوفى فى الخارج . ويطبق القانون الانجليزى على تركة الانجليزى المتوفى فى مصر .

---

(١)م ١٦ ، ١٧ مدنى .

يبين من نصوص القانون المدنى ان طلب التطليق يطبق عليه قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج بجنسيته وانه إذا كان الزوج ينتمى وقت رفع الدعوى بالتطليق إلى جنسية دولة اجنبية تتعدد فيها الشرائع تميل ان تكون الشريعة التى تطبق احكامها هى احدى الشرائع المشار إليها دون القانون المصرى الذى يمتنع تطبيقه فى هذه الحالة . فإذا كان الثابت ان الزوج مالطى الأصل بريطانى الجنسية ولم يكن له موطن فى مالطة او غيرها من بلاد المملكة المتحدة او المستعمرات وكان موطنه هو القطر المصرى فإن القانون الواجب التطبيق فى طلب التطليق يكون هو القانون الانجليزى باعتبار انه قانون عاصمة الدولة التى ينتمى إليها الزوج بجنسيته . (الطعن ١١ لسنة ٣٥ ق « احوال شخصية » جلسة ١٩٥٨/٥/١ س ٩ ص ٤٢٥) .

ثانياً : بالنسبة للعلاقات القانونية التى يمثل المكان فيها مركز الثقل ، قضى المشرع بتطبيق القانون الاقليمى . فيسرى قانون موقع العقار على العقود التى أبرمت فى شأنه ، وكذلك الحال بالنسبة للحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى . ويسرى بالنسبة إلى المنقول ، قانون الجهة التى يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذى ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها . ويسرى على الالتزامات التعاقدية ، إذا لمن يتفق المتعاقدان على قانون معين ، قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً ، فإن اختلفا موطنًا سرى قانون الدولة التى تم بها العقد . وتخضع العقود فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه . ويسرى على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام . ويسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالاجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الاجراءات (١) .

وفى جميع الأحوال التى تحيل فيها القواعد السابقة إلى قانون أجنبى ، لا يجوز تطبيق أحكام هذا القانون إذا كانت مخالفة للنظام العام أو الآداب فى مصر (٢) .

---

(١)م١٨ : ٢٢ مدنى .

(٢) م ٢٨ مدنى .

الفصل الرابع

تطبيق القانون من حيث الزمان

عرض المشكلة :

يتحدد نطاق التشريع من حيث الزمان ، كقاعدة عامة ، بالفترة ما بين نفاذه والغائه . فالقانون يحكم بوجه عام الوقائع والمراكز القانونية التى تتم تحت سلطانه ، أى فى الفترة ما بين تاريخ العمل به والغائه .

ويتم التعبير عن القاعدة السابقة بمبدأ عدم رجعية القانون أى عدم سريان القوانين على الماضى . وبالرغم من بساطة هذا المبدأ والتسليم به إلا أن تطبيقه فى العمل يثير عدة صعوبات فإذا ألغيت قاعدة قانونية وحلت محلها قاعدة قانونية أخرى ، فإن القاعدة القديمة يقف سريانها ابتداء من يوم الغائها وتسرى القاعدة الجديدة ابتداء من يوم نفاذها . ولا يثير الأمر صعوبة بالنسبة للأوضاع القانونية التى تتم وتترتب آثارها فى لحظة واحدة . فالوقائع التى تنشأ وترتب آثارها فى ظل قانون معين تظل خاضعة له ولا تتأثر بالقانون الجديد حيث لا يسرى على الماضى ويحكم فقط الوقائع الجديدة التى تنشأ بعد نفاذه .

وتكمن الصعوبة بالنسبة للوقائع أو المراكز المستمرة أو الممتدة أى تثور المشكلة حين يبدأ الوضع القانونى فى التكوين فى ظل قانون معين ثم تكتمل عناصر تكوينه فى ظل

قانون جديد أو حين ينشأ هذا الوضع فى ظل قانون معين وتتحقق آثاره أو تنقضى فى ظل قانون آخر جديد . هنا يثور التساؤل بصدد تحديد أى القوانين واجب التطبيق ، أى يقوم التنازع بين القواعد القديمة والقواعد الجديدة على حكم الوضع القانونى وآثاره ، وهذا ما يعبر عنه بمشكلة التنازع الزمانى أى تنازع القوانين من حيث الزمان ، وهذا هو موضوع دراستنا فى هذا الفصل . وقبل أن نعرض لكل من الحلول الفقهية والتشريعية للمشكلة نبدأ بعرض مبدأ عدم رجعية القوانين .

المبحث الأول

مبدأ عدم رجعية القوانين

Principe de la non - rétroactivité des lois

نعرض لمضمون المبدأ ثم بين مبرراته وأهميته والاستثناءات التى ترد عليه وصعوبات تطبيقه .

المطلب الأول

مضمون المبدأ ومبرراته وأهميته

(أ) مضمون المبدأ :

يسرى القانون على الوقائع والتصرفات التى تحدث فى المستقبل ، أى أنه يسرى بأثر مباشر منذ لحظة نفاذه ولا يمتد إلى ما قبل ذلك ، فلا يسرى على ما تم من وقائع أو تصرفات قبل العمل به (١). ويستمر القانون فى السريان إلى

---

(١) الأصل فى القوانين الا تكون ذات أثر رجعى إلا ما استثنى بنص خاص ، وإذ انتفى هذا الاستثناء ، والتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإن النعى عليه بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه وتأويله يكون على غير أساس . (الطعن ١٨١ لسنة ٣٧ق - جلسة ١٩٧٢/٣/٣٠ س٢٣ ص٦٠١) .

يطبق القانون بوجه عام على الوقائع والمراكز القانونية التى تتم فى الفترة بين تاريخ العمل به والغائه فيسرى القانون الجديد بأثر مباشر على الوقائع والمراكز القانونية التى تقع أو تتم بعد نفاذه . ولا يسرى بأثر رجعى على الوقائع السابقة عليه إلا إذا تقرر ذلك بنص خاص (الطلب ٢١ لسنة ٤٢ق «رجال قضاء» جلسة ١٩٧٥/٦/٢٦ . س٢٦ ص٦٨ والطعن ٦٠٨ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/٤/٩ س٣٠ ص٧٦) .

الأصل الا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها . ولا يترتب أى أثر بالنسبة لما وقع قبلها ، ومن ثم فليس للمحاكم - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن تعود إلى الماضى لتطبيق القانون الجديد على =

إلى حين الغائه . ومن ثم فهو لا يسرى على الأوضاع القانونية التى تحدث بعد هذا الالغاء . يتضح من ذلك أن وقت نفاذ القانون الجديد هو الحد الفاصل بين نهاية سريان القانون القديم وبدء سريان القانون الجديد ، وهذا ما يطلق عليه مبدأ عدم رجعية القوانين أى عدم انسحاب القوانين الجديدة على الماضى واقتصارها على حكم المستقبل أى على حكم ما يقع ابتداء من يوم نفاذها (١) .

(ب) مبررات المبدأ وأهميته :

إن مبدأ عدم سريان القانون بأثر رجعى يعتبر من الأسس الأولية التى يقوم عليها القانون فى كل بلد . ونظراً لأهمية المبدأ فإن الدساتير الوضعية تحرص دائماً على تأكيده .

- ما نشأ من علاقات قانونية وما يترتب عليها من آثار قبل العمل بأحكامه ، وإنما يجب عليها وهى بصدد بحث هذه العلاقات وتلك الآثار أن ترجع إلى القانون الذى نشأت فى ظله. (الطعن ٢١٠ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٩).

(١) الأصل أنه لا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ، فليس للمحاكم أن ترجع إلى الماضى لتطبيق القانون الجديد على علاقات قانونية نشأت قبل نفاذه أو على الآثار التى ترتبت فى الماضى على هذه العلاقات قبل العمل بالقانون الجديد بل يجب على القاضى عند بحثه فى هذه العلاقات القانونية وما يترتب عليها من آثار أن يرجع إلى القانون السارى عند نشوئها وعند انتاجها هذه الآثار . (الطعن ٤٨٢ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣ س١٨ ص٥١١) .

من المقرر طبقاً للقواعد الدستورية المعمول بها أن القوانين لا تسرى على الماضى ما لم ينص على خلاف ذلك كما أنه من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن المقصود فى تطبيق هذه القاعدة الدستورية القانون بمعناه الأعم فيدخل فى هذا المجال القوانين واللوائح والقرارات التنفيذية فلا تسرى أحكامها إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها ولا تترتب عليها أثر على الماضى إلا إذا كانت صادرة تنفيذاً لقوانين ذات أثر رجعى (الطعن ٩٨ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٨٢/٥/١٠)

واصبح من المبادئ المستقرة فى الشرائع الحديثة ويأخذ به الفقه والقضاء ولو لم يكن منصوصاً عليه (١) . ويمكن تلخيص المبررات أو الاعتبارات التى تملى هذا المبدأ فيما يلى :

أولاً : تقضى العدالة بعدم سريان القانون على الأوضاع القانونية التى تمت قبل نفاذه ، فليس من العدل أن ينظم الناس شئونهم وتصرفاتهم طبقًا لقانون معين ثم يصدر قانون جديد يجرم ما أتاه الأفراد من أفعال مباحة أو يبطل ما قاموا به من تصرفات . ولا يعقل أن يطلب من الناس احترام القانون قبل صدوره أو قبل أن يتمكنوا من العمل به .

ثانياً : يؤدى تطبيق القانون بأثر رجعى إلى انعدام ثقة الناس فى القانون ووجود القلق فى نفوس الأفراد ، فمن الجائز صدور تشريع جديد يهدم ما تم قبله ، ويصبح القانون أداة لهدم كيان المجتمع بدلاً من حمايته وبنائه ، ويضعف الاحساس بالأمان القانونى وتذبل ثقة الأفراد فى الدولة والقانون .

ثالثًا : يعد مبدأ عدم رجعية القانون ضمانة حيوية لتحقيق الاستقرار فى الجماعة . يؤدى انسحاب القاعدة القانونية على الماضى إلى الاخلال بالاستقرار الواجب للمعاملات والمساس بالحقوق والمراكز المشروعة التى تم

---

(١) وقد نص عليه الدستور المصرى لسنة ١٩٧١ بقوله : لا تسرى أحكام القانون إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها . ومع ذلك يجوز ، فى غير المواد الجنائية ، النص فى القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية مجلس الشعب .

ترتيبها فى ظل القانون القائم ، واحلال الفوضى وعدم الاستقرار .

رابعًا : يستوجب المنطق عدم سريان القانون بأثر رجعي ، فالقانون لا يصبح نافذاً إلا بعد نشره حتى يتمكن الناس من العلم به ، ومن ثم لا يعقل تطبيق القانون على الوقائع والتصرفات السابقة على نشره .

المطلب الثاني

الإستثناءات الواردة على مبدأ عدم الرجعية

يرد على مبدأ عدم سريان القانون بأثر رجعي عدة استثناءات :

(أ) حالة النص الصريح :

يستقر الرأى على أنه يجوز للمشرع النص على أعمال القانون بأثر رجعي كلما رأى فى ذلك تحقيقاً للمصلحة العامة (١). فمبدأ عدم الرجعية يقيد القاضى ولايقيد المشرع ،

---

(١) وينبغى الحذر بصدد تقدير الصالح العام الذى يستوجب الأثر الرجعى للقانون ، فيجب أن يفوق ذلك اعتبارات الثقة والعدالة واستقرار المعاملات . وتتعدد المصالح التى تستوجب ، أحياناً ، رجعية القوانين ، ومن أهمها : تصحيح التصرفات التى وقعت باطلة طبقاً للقانون القديم لتخلف شرط جرى العمل على عدم مراعاته ، رعاية بعض الطوائف الاجتماعية مثل زيادة الحقوق التأمينية أو العمالية ، محاربة الغش نحو القانون أو التحايل على القانون ، مراعاة الأوضاع المستقرة .

الأصل أن لا تسرى أحكام القانون إلا على ما يقع من تاريخ العمل به ، مما يعنى أن القانون الجديد ليس له أثر رجعى ، فلا يجوز أن يمس ما تكون أو انقضى من مراكز قانونية فى ظل القانون القديم ، إلا أنه يجوز للمشرع فى غير المواد الجنائية لاعتبارات تتعلق بالعدالة أو بالمصلحة العامة يستقل هو بتقدير مبرراتها ودواعيها ، أن يجرى تطبيق حكم قانون معين على الوقائع السابقة عليه بنص صريح فيه . (الطعنان ١٠٢٥ ، ١٩٩٥ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٣/٥/٢٣) .

فإذا نص المشرع صراحة على سريان القانون على الماضي فإنه يعمل به حتى ولو أدى ذلك إلى المساس بالحقوق المكتسبة ، ونظراً لخطورة الأثر الرجعي فإن هناك عدة ضوابط وشروط يلتزم بها المشرع كي يقرر سريان التشريع على الماضي :

١- لا يمكن أعمال القانون بأثر رجعي إلا بمقتضى قانون صادر من السلطة التشريعية . فالسلطة التنفيذية لا تملك أعمال اللائحة بأثر رجعي ولو ضمنتها نصاً صريحاً بذلك .

٢- لا يتقرر الأثر الرجعي للقانون إلا بمقتضى نص تشريعي صريح ، فلا بد أن تعرب إرادة المشرع بوضوح عند سريان القانون على الماضي بتحديد تاريخ معين لذلك . ولا يجوز الاستناد في ذلك إلى ارادة المشرع الضمنية .

٣- تشترط الدساتير عادة موافقة البرلمان بأغلبية خاصة على سريان القانون بأثر رجعي ، يشترط الدستور المصرى ، مثلاً ، موافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب ، ولا يكفي موافقة أغلبية الحاضرين إذا كانت تلك الأغلبية لا تصل إلى نصف عدد المجلس .

٤- ليس للمشرع أن يقرر سريان التشريع الجنائي على الماضي ، فلا يملك النص صراحة على تطبيق القانون الذى يقرر جريمة أو عقوبة جديدة على الأفعال التى ارتكبت قبل نفاذه ، فمن المقرر أن القانون الواجب التطبيق هو تلك المعمول به وقت ارتكاب الجريمة وليس القانون السارى وقت محاكمة المتهم . ويعد عدم رجعية النصوص الجنائية نتيجة منطقية وضرورية لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات حيث لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص .

(ب) القوانين الجنائية الأصلح للمتهم :

تطبق القوانين الجنائية الجديدة على الماضى أى بأثر رجعى إذا كانت أصلح للمتهم (١) . والعلة فى ذلك أنه ليس من مصلحة المجتمع العقاب على فعل أصبح مباحاً أو العقاب عليه بعقوبة أشد من تلك التى يستحقها فى نظره .

يعتبر القانون الجنائى أصلح للمتهم فى عدة حالات : إذا اعتبر الفعل مباحاً بعد أن كان مجرماً فى القانون القديم ، إذا أوجد مانعًا من العقاب ، إذا قرر عقوبة أخف من العقوبة المقررة فى القانون السابق ، إذا قرر وجهًا للاعفاء من المسئولية الجنائية دون أن يلغى الجريمة ذاتها .

ويشترط لاستفادة المتهم من القانون الأصلح أن يكون قد صدر قبل صيرورة الحكم نهائى أو مبرم بالعقوبة . ويكفى صدور القانون ولو لم يتم نشره . ولا يستفيد المتهم من القانون الجديد الصادر بتخفيف العقاب إذا أصبح الحكم نهائياً أى استنفذ كل طرق الطعن فيه. أما إذا كان الحكم قابلاً للطعن بالمعارضة أو بالاستئناف أو بالنقض فهو لم يصبح بعد نهائياً ، وتلتزم المحكمة المختصة بنظر الطعن بتطبيق القانون الأصلح من تلقاء نفسها .

إذا صدر قانون جديد يجعل الفعل المرتكب غير معاقب عليه فإن المتهم يستفيد من هذا القانون حتى لو صدر عليه حكم نهائى . فصدور مثل هذا الحكم لا يحول دون الاستفادة

---

(١) تنص المادة الخامسة من قانون العقوبات على انه : إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيًا قانون أصلح للمتهم فهو الذى يتبع دون غيره ، وإذا صدر قانون بعد حكم نهائى يجعل الفعل الذى حكم على المجرم من اجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهى آثاره الجنائية .

من القانون الجديد . إذ يتم وقف تنفيذ الحكم وانتهاء كل آثاره الجنائية دون حاجة إلى صدور حكم قضائى جديد ، وذلك بخلاف الحالة السابقة حيث يقتضى تخفيف العقاب صدور حكم جديد يقرره وهو أمر بات مستحيلاً بعد صيرورة الحكم نهائياً .

أورد المشرع تحفظاً بشأن قوانين العقوبات المؤقتة ، وهى القوانين التى يسرى حكمها فى فترة زمنية محددة ، ويقف العمل بها بانقضاء هذه الفترة دون حاجة إلى صدور قانون بالغائها . لا يحول انقضاء فترة سريان هذه القوانين دون ملاحقة من خالفها أو المضى فى تنفيذ العقوبات المحكوم بها طبقاً لها (١) . مؤدى ذلك أن الافادة من القانون الجديد لا تنصرف إلى قوانين العقوبات المؤقتة .

(جـ) القوانين التفسيرية :

يتولى القضاء مهمة تفسير القانون تمهيداً لتطبيقه . يتدخل المشرع أحياناً لتفسير تشريع كشف الواقع عن غموضه وأثار خلافاً وجدلاً حول تحديد مراد الشارع منه ، وهذا ما يطلق عليه القانون التفسيرى .

ويستقر قضاء محكمة النقض على أن من حق المشرع أن يصدر قانوناً تفسيرياً يكشف به عن حقيقة المراد بقانون سابق . وأن هذا الحق لا يؤثر فيه استطالة الزمن بين القانونين ، وأن القانون التفسيرى يعتبر كاشفاً عن حقيقة مراد الشارع من تاريخ سريان القانون السابق الذى فسره لا منشئاً لحكم جديد (٢) . ويعتبر القانون التفسيرى قد صدر

---

(١) م٥/٤ عقوبات .

(٢) نقض ١٩٨١/١٢/٢٦ س٣٢ ص١٤٣٣

فى الوقت الذى صدر فيه التشريع الأصلى ويسرى بالتالى على جميع الوقائع منذ نفاذ التشريع الأصلى (١) .

يسرى القانون التفسيرى على الوقائع التى حدثت قبل صدوره ابتداء من تاريخ نفاذ القانون موضوع التفسير ، أى يعتبر قد صدر فى الوقت الذى صدر فيه التشريع الأصلى. ويسرى بالتالى على جميع الوقائع التى حدثت منذ نفاذ التشريع الأصلى . ويسرى القانون التفسيرى على الدعاوى التى ترفع بعد صدوره ، ويسرى أيضًا على الدعاوى التى رفعت قبل صدوره طالما لم يتم الفصل فيها بعد ، ولكنه لا يسرى على الأحكام القضائية التى أصبحت نهائية قبل صدوره إلا بناء على نص صريح بذلك .

ويشترط لسريان القانون التفسيرى بأثر رجعى أن يقتصر حكمه على بيان حقيقة مراد الشارع من النص الأصلى ، دون أن يتضمن أية اضافة إليه فينبغى ألا يتضمن النص الجديد أى حكم مستحدث (٢) . فإذا تبين أن النص الجديد ليس مفسراً للنص القديم بل تضمن ، فى الواقع ، تعديلاً له بحكم يخالفه ، ولم ينص فى التشريع الجديد على سريانه استثناء بأثر رجعى فإنه لا يسرى على الماضى ولا ينطبق على الوقائع السابقة على نفاذه (٣) .

---

(١) نقض ١٩٨٣/٤/٤ س٣٤ ص٨٩٨ .

(٢) نقض جنائى ١٩٥٩/٢/٢ س١٠ ص١٢٧ .

(٣) نقض ١٩٦٦/١/١٨ س١٧ ص٢٧ .

المطلب الثالث

صعوبة تطبيق مبدأ عدم سريان القانون بأثر رجعي

رأينا أن مبدأ عدم الرجعية يعني عدم سريان التشريع على الماضي . لا تثور صعوبة في تطبيق هذا المبدأ في حالة الأوضاع القانونية التي تنشأ وترتب آثارها في ظل قانون معين ، لا يثور الشك ، في هذه الحالة ، بصدد تطبيق هذا القانون على تلك الأوضاع في نشأتها وفي آثارها . فالوقائع والتصرفات التي تقع بعد نفاذ القانون الجديد تخضع له وحده . فإذا تطلب القانون الجديد اجراءاً معينًا لانتقال الملكية بناءً على عقد من العقود الناقلة للملكية وجب أعمال هذا الحكم على العقود التي تبرم بعد نفاذه . وإذا اشترى شخص عقاراً في ظل قانون لا يستلزم التسجيل لنقل الملكية فإن الملكية تنتقل إليه بمجرد العقد ، ولا يؤثر في ملكيته صدور قانون جديد يشترط التسجيل لنقل الملكية في العقار . فالقانون الجديد لا يسري على الوقائع والتصرفات التي نشأت ورتبت آثارها في ظل القانون القديم .

تكمن الصعوبة بالنسبة للأوضاع القانونية المستمرة أو الممتدة ، حيث تتكون وترتب آثارها على مدى فترة طويلة من الزمن . كما هو الشأن في التقادم وعقود التوريد والقرض والايجار والعمل . فقد يبدأ الوضع القانوني في التكوين في ظل قانون معين ثم تكتمل عناصر تكوينه في ظل قانون جديد ، وقد ينشأ التصرف في ظل قانون وتتحقق آثاره أو ينقضي في ظل قانون آخر . هنا يقوم التنازع بين القانونين

على حكم هذه الأوضاع وتلك الآثار باعتبار أنها ممتدة فى ظلهما معاً . فهل نطبق القانون القديم بسبب تكون عناصر الوضع كلها أو بعضها فى ظله ؟ أم نطبق القانون الجديد بسبب اكتمال عناصر التكوين أو تحقق الآثار بعد نفاذه ؟ أم نطبقهما معًا ؟ وفى هذه الحالة الأخيرة كيف نحدد مجال أعمال كل من القانونين .

فمثلاً إذا أبرم عقد قرض فى ظل قانون يحدد الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية بـ ٩٪ ثم صدر قانون جديد يخفض هذا السعر إلى ٨٪ ، فهل يلتزم المدين بدفع الفائدة الجديدة أم يستمر هذا العقد خاضعاً للقانون القديم ؟ .

وإذا كان القانون يحدد سن الرشد بثماني عشرة سنة ، ثم صدر قانون جديد يرفع هذا السن إلى الحادية والعشرين ، فما حكم الأشخاص الذين بلغوا سن ١٨ قبل نفاذ القانون الجديد ؟ هل يستمرون راشدين أم يعودون قاصرين عملاً بالقانون الجديد ؟ وما حكم تصرفاتهم التى عقدوها فى ظل القانون القديم أى وقت أن كانوا راشدين ؟ .

ويجوز للزوج المسلم أن يطلق زوجته بارادته المنفردة وفقاً للقانون القائم فى مصر . فإذا تزوج شخص فى ظل هذا القانون ثم صدر قانون جديد يجعل الطلاق بحكم القاضى ، فهل يجوز لهذا الزوج أن يطلق زوجته بارادته المنفردة طبقاً للقانون الذى أبرم الزواج فى ظله ؟ أم هل يسرى القانون الجديد وبالتالى لا يجوز ايقاع الطلاق إلا بإذن القاضى ؟ .

وإذا وضع شخص يده على عقار مدة عشر سنوات بقصد تملكه فى ظل قانون يجعل مدة التقادم المكسب ١٥ سنة ، ثم صدر قانون جديد يجعل مدة التقادم ٢٠ سنة ، أو

صدر قانون ينقص مدة التقادم إلى ١٣ سنة ، فهل يخضع هذا التقادم للقانون الجديد أم يظل خاضعاً للقانون القديم الذى بدأت المدة في ظله ؟ .

كان قانون الإثبات فى مصر يجيز إثبات الالتزام بشهادة الشهود إذا كان مقداره لا يتجاوز عشرين جنيهاً ، ثم صدر قانون جديد يرفع هذا النصاب إلى مائة جنيه ، فهل يسرى القانون الجديد على العقود التى أبرمت قبل نفاذه أم تظل خاضعة للقانون القديم ؟ .

يتضح من الأمثلة صعوبة تطبيق مبدأ عدم الرجعية ، وهكذا بالنسبة لكل التصرفات والوقائع التى تستغرق نشأتها أو ترتيب آثارها فترة مستمرة . وتلك هى المشكلة الحقيقية فى مسألة التنازع الزمانى بين القوانين .

يعمد المشرع ، أحياناً ، إلى حل المشكلة ، فينص فى التشريع الجديد على ما ينبغى العمل به بالنسبة للأوضاع القانونية الممتدة . فقد ينص صراحة على سريان القانون الجديد بأثر رجعى ، وقد ينص على استمرار خضوع تلك الأوضاع للقانون الذى نشأت فى ظله ، وقد يضع أحكامًا انتقالية لمواجهة هذه الحالات .

إلا أنه كثيراً ما يسكت عن تنظيم هذه المشكلة ، لذا حاول الفقه مواجهة المسألة ، فظهرت النظرية التقليدية ثم النظرية الحديثة . نعرض لكل من النظريتين قبل بيان الحلول التشريعية فى هذا المقام .

المبحث الثانى

الحلول الفقهية لمشكلة تنازع القوانين

نعرض للنظرية التقليدية ثم نبين النظرية الحديثة وموقف القضاء فى هذا الصدد .

المطلب الأول

النظرية التقليدية

(أ) مضمون النظرية التقليدية :

تقوم النظرية التقليدية على أساس التفرقة بين ما أسمته بالحق المكتسب droit acquis ومجرد الأمل simple expectative . يكون القانون ذا أثر رجعى إذا أدى تطبيقه إلى المساس بالحقوق المكتسبة فى ظل قانون سابق ، ولا يكون كذلك إذا استتبع هذا التطبيق المساس بمجرد الآمال التى لم ترق بعد إلى مرتبة الحق المكتسب . أن المساس بالحق المكتسب يعنى التطبيق بأثر رجعى ، أما المساس بمجرد الأمل فلا رجعية فيه .

فبالنسبة للميراث مثلاً لا يكون للورثة أثناء حياة المورث سوى مجرد الأمل فقط فى الارث ، ولكنه يصبح حقًا مكتسبًا بمجرد الوفاة . فإذا صدر قانون جديد بعد وفاة المورث يعدل من انصبة الورثة ، فلا يطبق عليهم لأنهم يكتسبون حقوقًا على التركة بوفاته . أما إذا لم يكن المورث قد توفى عند صدور القانون الجديد ، فإن التعديل الذى جاء به يسرى على الورثة حيث لم يكن لهم فى ظل القانون القديم سوى مجرد الأمل .

وكذلك بالنسبة للتقادم لا يكون للشخص سوى مجرد أمل قبل اكتمال مدة التقادم المطلوبة ، ومن ثم يجوز للقانون الجديد أن يمس هذا الوضع دون أن يكون له أثر رجعى . فإذا صدر قانون يطيل مدة التقادم ، ولم يكن التقادم قد اكتمل ، فإن المدة الجديدة هى التى تطبق لأن واضع اليد لا يكون قد اكتسب أى حق بل كان له مجرد أمل . أما إذا صدر القانون بعد اكتمال التقادم فإنه لا يسرى لأن فى هذا السريان مساس بالحق المكتسب .

تضع النظرية التقليدية على المعيار السابق عدة استثناءات ، أى أن القانون الجديد يطبق فيها بأثر رجعى حتى ولو أدى هذا التطبيق إلى المساس بالحقوق المكتسبة . وقد سبق أن تعرضنا لهذه الاستثناءات وتتمثل فى حالة النص الصريح ، القوانين الجنائية الأصلح للمتهم ، القوانين التفسيرية ، القوانين المتعلقة بالنظام العام .

ترى النظرية التقليدية أن القوانين المتعلقة بالنظام العام تطبق بأثر رجعى ، ولو أدى ذلك إلى المساس بالحقوق المكتسبة ، ولو لم ينص فى التشريع الجديد على ذلك . فلا يجوز التمسك بالحق المكتسب فى مواجهة القواعد المتعلقة بالنظام العام لأنها ذات طبيعة آمرة لا يجوز مخالفتها . فإذا اكتسب شخص حقاً فى ظل قانون معين ثم أصبح هذا الحق مخالفاً لقانون جديد متعلق بالنظام العام فلا يجوز التمسك بالحق المذكور فى ظل هذا القانون .

مثال ذلك ، إذا بلغ شخص سن الرشد فى ظل قانون معين ثم صدر قانون جديد يرفع السن ، فإنه يطبق ويعد الشخص قاصراً ابتداء من يوم نفاذ القانون رغم سبق اعتباره رشيداً فى ظل القانون القديم .

(ب) نقد النظرية التقليدية :

لاقت هذه النظرية رواجا كبيرا فى الفقه والقضاء الفرنسيين طوال القرن التاسع عشر ، بل إن الكثير من أحكام القضاء لازالت تستعمل اصطلاح الحق المكتسب ومجرد الأمل لتبرير الحلول التي تقضى بها فى حالات التنازع الزمانى بين القوانين . ولكن هذه النظرية تعرضت لنقد شديد من الفقهاء تمثل فى :

١- غموض الأساس الذى تقوم عليه النظرية . أن معيار الحق المكتسب الذى تستند إليه النظرية معيار مبهم وغير دقيق . لذلك تضاربت الآراء حول تعريف المقصود بالحق المكتسب وتمييزه عن مجرد الأمل . فيرى البعض أنه الحق الذى دخل ذمة الشخص بصفة نهائية ، ويرى البعض الآخر أنه الحق القائم على سند قانونى ، ويرى أخرون أنه الحق الذى يستطيع صاحبه المطالبة به والدفاع عنه أمام القضاء أما مجرد الأمل فهو مجرد ترقب ورجاء أى توقع اكتساب حق فى المستقبل .

٢- تقوم النظرية على فكرة عدم المساس بالحقوق المكتسبة ، أى أن القوانين الجديدة لا تملك المساس بأى حق من الحقوق القائمة أو تعديلها أو الغائها ، مهما تغيرت الظروف ، وكأن هذه الحقوق أصبحت مؤبدة . يؤدى ذلك إلى نتائج غير مقبولة من الناحية المنطقية حيث تفقد القوانين وظيفتها كأداة لاصلاح الأوضاع وتطويرها . فإذا صدرت قوانين اجتماعية لتضع بعض القيود على الملكيات الزراعية مثلاً ، فإن هذه القوانين لا تملك المساس بالملكيات القائمة وتفقد . بالتالى فعاليتها وكل أثر لها .

٣- تخلط النظرية بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقانون الجديد . فهم يرون أن القوانين المتعلقة بالنظام العام تسرى بأثر رجعى استثناء من القاعدة العامة . والواقع أن المسألة فى هذه الحالة لا تتعلق باستثناء على مبدأ عدم الرجعية بقدر ما تتصل بمبدأ سريان القانون بأثر مباشر .

ففى المثال الخاص بسن الرشد ، يلاحظ أنه من المسلم به أن الشخص الذى بلغ سن الرشد فى القانون القديم يعود قاصراً فى ظل القانون الجديد الذى رفع السن . يرى أنصار النظرية التقليدية أن تطبيق القانون الجديد فى هذه الحالة يعد سرياناً على الماضى على سبيل الاستثناء . وحقيقة الأمر أن تطبيق القانون فى هذه الحالة يكون بأثر مباشر وليس بأثر رجعى لأن الشخص يعود قاصراً من تاريخ نفاذ القانون الجديد ، ويظل معتبراً راشداً خلال الفترة بين بلوغه طبقاً للقانون القديم واعتباره قاصراً منذ العلم بالقانون الجديد . وتظل تصرفاته فى تلك المدة قائمة وصحيحة . ولو قلنا بأن للقانون أثراً رجعيًا على سبيل الاستثناء فى هذه الحالة لوجب اعتبار مثل هذا الشخص قاصراً منذ البداية أى حتى فى الفترة التى اعتبر فيها بالغاً سن الرشد فى ظل القانون القديم وتبطل كل تصرفاته فى تلك الفترة .

المطلب الثانى

النظرية الحديثة

ترى النظرية الحديثة أن حل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان يقوم على مبدأين : مبدأ عدم رجعية القانون الجديد ، ومبدأ الأثر المباشر لهذا القانون .

الفرع الأول

مبدأ عدم رجعية القانون الجديد

(أ) مضمون المبدأ :

ترى النظرية الحديثة أن القانون الجديد ليس له أثر رجعي . والمقصود بعدم الرجعية أن القانون الجديد لا ينبغي أن يمس المراكز القانونية Situations Juridiques التي تكونت أو انقضت في ظل القانون القديم ، كما أنه لا يمس ما توافر من عناصر خاصة بتكوين أو انقضاء هذه المراكز ولا ما رتبته تلك المراكز القانونية من آثار :

١- ففيما يتعلق بتكوين المراكز القانونية ، إذا وضع شخص يده على عقار مملوك للغير بقصد تملكه ، وأصبح هذا الشخص مالكاً بمضي المدة المقررة ، فإن المركز القانوني للشخص كمالك الذي تكون في ظل القانون القديم لا يؤثر فيه صدور قانون جديد بعد ذلك يطيل مدة التقادم . والتصرفات التي صدرت عن شخص يعتبر كامل الأهلية في ظل قانون معين لبلوغه سن ١٨ سنة ، تظل صحيحة رغم صدور قانون جديد يرفع سن الرشد إلى ٢١ سنة .

٢- وبالنسبة لانقضاء المراكز القانونية ، إذا انقضى مركز قانوني في ظل قانون معين ، فلا يسري عليه القانون الجديد . فإذا طلق شخص زوجته ، وانقضى مركز كل منهما باعتباره زوجاً ، وصدر بعد ذلك قانون جديد يقيد الحق في الطلاق ويشترط حكم القاضي لانقضاء الزواج بالطلاق ، فإن هذا القانون لا يسري على تلك الرابطة الزوجية المنقضية في ظل القانون السابق .

٣- توافر بعض عناصر تكوين أو انقضاء المراكز القانونية . لا ينبغى للقانون الجديد المساس بما تم من هذه العناصر بالفعل وإلا اعتبر ذا أثر رجعى . مثال ذلك المركز القانونى الناشئ عن الوصية إذ يتكون باجتماع عنصرين : ابرام الوصية ، وفاة الموصى . فإذا صدر قانون جديد بعد ابرام الوصية وقبل وفاة الموصى فإنه لا يمس ما تم من ابرام الوصية . ويخضع هذا الابرام للقانون القديم ، فهو يحكم شروط صحة الوصية من حيث الموضوع أو الشكل ، أى فيما يتعلق بأهلية الموصى للايصاء ، وتوافر الشكل الرسمى إذا كان القانون يتطلب ذلك . أما بالنسبة لتمام الوصية فيطبق القانون الجديد بأثر مباشر وتبعاً لذلك لا تكون الوصية نافذة فى حق الورثة إلا فى الحدود التى يسمح بها القانون الجديد .

وبالنسبة للتقادم فإن المركز القانونى لا ينشأ أو ينقضى إلا بانتهاء المدة المحددة فى القانون . فإذا صدر قانون جديد خلال مدة التقادم وغير فى شروطه أو فى قواعد انقطاع المدة أو وقفها فإنه لايطبق على ما تم فى المدة السابقة على نفاذه .

٤- آثار المراكز القانونية ، لا يسرى القانون الجديد على آثار المراكز القانونية التى ترتبت بالفعل قبل نفاذه . تخضع تلك الآثار للقانون القديم ، ويسرى القانون الجديد على ما لم يتم من الآثار المتلاحقة أو التى تستمر مدة طويلة اعمالاً لقاعدة الأثر المباشر للقانون .

فإذا كانت الملكية تنتقل بمجرد العقد ثم صدر قانون يشترط التسجيل لنقل الملكية فى العقارات ، فلا يسرى القانون الجديد على العقود التى تمت ولا يمس الآثار القانونية

المترتبة عليها ، ومن ثم لا يلزم تسجيل تلك العقود .

وإذا اقترض شخص مبلغاً من النقود بفائدة قدرها ٨٪ ثم صدر قانون جديد يجعل الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية ٧٪ ، فلا يسرى القانون الجديد على الفوائد التى استحقت فى ظل القانون القديم ، سواء ما دفع منها وما لم يدفع ويسرى القانون الجديد على الفوائد المستحقة منذ نفاذه .

(ب) الاستثناءات التى ترد على المبدأ :

رأينا من قبل أن النظرية التقليدية تورد على مبدأ عدم رجعية القانون أربعة استثناءات . تتفق النظرية الحديثة مع تلك النظرية فيما يتعلق بالاستثناء الخاص بالنص الصريح على الرجعية ، والاستثناء الخاص بالقوانين التفسيرية . ويكمن الاختلاف بين النظريتين بالنسبة للاستثنائين الآخرين .

لا تقر النظرية الحديثة الاستثناء الخاص بالقوانين المتعلقة بالنظام العام ، لأن ذلك ينطوى على خلط بين الأثر المباشر والأثر الرجعى للقانون ، وعلى ذلك فإن تطبيق القوانين المذكورة على ما لم يتم من المراكز القانونية السابقة عليه لا يعنى رجعيتها بل تطبيقها بأثر مباشر . ونفس الشئ بالنسبة للاستثناء الخاص بالقوانين الجنائية الأصلح للمتهم . ذلك أنه إذا كان الفعل قد ارتكب فى ظل القانون القديم ، إلا أن المركز القانونى الناشئ عنه لا يتم تكوينه إلا فى ظل القانون الجديد فهذا المركز يتكون من عنصرين : الأول وهو ارتكاب الفعل المكون للجريمة ، الثانى وهو صدور الحكم القضائى . وعلى ذلك إذا صدر قانون جديد أصلح للمتهم بعد ارتكاب الفعل وقبل صدور الحكم

القضائى ، فإن هذا القانون يسرى بما له من أثر مباشر لأن المركز القانونى لا يتم تكوينه إلا بصدور الحكم فى ظل القانون الجديد .

الفرع الثانى

الأثر المباشر للقانون الجديد

Effet immédiat de la Loi nouvelle

نعرض لمضمون المبدأ وتبريره والاستثناء الوارد عليه .

(أ) مضمون المبدأ :

تطبق القوانين الجديدة فى الحال من وقت العمل بها ، ويمتنع استمرار القانون القديم فى السريان بعد نفاذ الجديد . ويسرى هذا القانون على كل ما يقع بعد نفاذه حتى لو كان مترتباً على وقائع أو مراكز نشأت فى ظل القانون القديم ، ولكن لا ينطبق على الآثار الماضية لتلك الوقائع وإلا صار تطبيقه بأثر رجعى (١) . فالقانون الجديد يطبق بأثر مباشر

---

(١) من المقرر بالنسبة لتنازع القوانين فى الزمان أن القانون بوجه عام يحكم الوقائع والمراكز القانونية التى تتم فى الفترة بين تاريخ العمل به والغائه وان القانون الجديد يسرى بأثر مباشر على الوقائع والمراكز القانونية التى تقع أو تتم بعد نفاذه ولا يسرى بأثر رجعى على الوقائع السابقة عليه إلا إذا تقرر الأثر الرجعى بنص خاص . فإذا كانت الطالبة قد اكتسبت مركزاً قانونيًا بالنسبة لحقها فى المعاش فى ظل القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٢٩ الواجب التطبيق فلا محل لاستنادها إلى المادة ٢/٣٥ من القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٠ لأن القانون الأخير إنما يسرى بأثر مباشر على الوقائع والمراكز القانونية التى تقع أو تتم بعد نفاذه وإذ كانت واقعة وفاة زوج الطالبة التى تطالب على أساسها باسترداد معاشها قد وقعت قبل العمل بهذا القانون فإنه لا ينطبق عليها مادام هذا القانون لم ينص على سريان أحكامه بأثر رجعى (الطعن ٥ لسنة ٣٢ق «رجال قضاء» س١٦ ص٤٤٢)

أى يحكم كافة العلاقات منذ يوم نفاذه ، فهو يحكم ، بلا شك ، المراكز القانونية التى تنشأ فى ظله .

وتثور الصعوبة كما رأينا ، بالنسبة للمراكز القانونية التى تنشأ وتنقضى خلال فترة زمنية ممتدة قد يصدر خلالها قانون جديد . يسرى التشريع فور نفاذه على الأوضاع المستمرة ، مثل حالة الأشخاص والأهلية والملكية والعلاقة الوظيفية وعقد العمل ، ولو كانت هذه الأوضاع قد بدأت قبل نفاذه ، ويتضح ذلك مما يلى :

١- يسرى القانون الجديد على المراكز القانونية التى بدأ تكوينها أو انقضاؤها فى ظل القانون القديم ولكنها لم تستكمل هذا التكوين أو الانقضاء إلا فى ظل القانون الجديد ، فهو يطبق بأثر مباشر على الحالات التى لم تكتمل بعد دون المساس بما توافر من عناصر فى ظل القانون القديم مراعاة لمبدأ عدم الرجعية .

فإذا صدر قانون أثناء سريان مدة التقادم فإنه يطبق عليه بأثر مباشر لأن اكتمال التقادم يتم فى ظله ، ولكنه لا يمس ما تم من عناصر فى ظل القانون القديم . فإذا أطال القانون الجديد مدة التقادم ، فإن التقادم لا يكتمل إلا بتمام المدة الجديدة . أما إذا تم تقصير مدة التقادم ، فإنه يتم بانتهاء المدة الجديدة محسوبة ابتداء من يوم نفاذ القانون الجديد ، إلا إذا كانت المدة المقررة فى القانون القديم تكتمل قبل ذلك فيستمر تطبيق القانون القديم ويتم التقادم باكتمال مدته .

وإلى جانب المراكز القانونية ذات التكوين أو الانقضاء المستمر مثل التقادم ، توجد المراكز ذات التكوين أو الانقضاء المتتابع مثل الوصية ، فهى تخضع من حيث أهلية

الايصاء وصحة الشكل للقانون السارى وقت تحريرها ، أما بالنسبة لصحة الوصية من حيث الموضوع (القدر الجائز الايصاء به) ، وصحة الشروط التى تتضمنها ، فإن القانون الذى يصدر بعد تحريرها وقبل وفاة الموصى يسرى بأثر مباشر (١) .

٢- يسرى القانون الجديد ، بما له من أثر مباشر ، على الآثار المستقبلة أى التى تترتب من وقت نفاذه ولو كانت آثاراً لمراكز قانونية نشأت فى ظل قانون قديم .

فالقانون الجديد الذى يصدر بتعديل أحكام نفقة المطلقة أو حضانة الأولاد يسرى بأثر مباشر على كل نفقة أو حضانة مستقبلة مترتبة على طلاق صادر فى ظل القانون القديم .

---

(١) لما كان القانون رقم ٨٦ سنة ١٩٧٣ بشأن التصالح فى القضايا الضريبية الغى بمقتضى المادة ٥٥ من القانون رقم ٤٦ سنة ١٩٧٨ من تاريخ العمل بهذا القانون الأخير فى ١٩٧٨/٧/٢٠ وكان مقتضى الأثر الفورى للقانون أنه يسرى على كل واقعة تعرض فور نفاذه ولو كانت ناشئة عن مركز قانونى وجد قبل هذا التاريخ فإن طلب تطبيق اجراءات التصالح المنصوص عليها فى القانون رقم ٨٦ سنة ١٩٧٣ لا يكون له محل بعد الغاء هذا القانون بمقتضى القانون رقم ٤٦ سنة ١٩٨٣ ولا يغير من ذلك ابداء هذا الطلب قبل أن يصبح القانون الأخير نافذ المفعول اعتباراً من ١٩٧٨/٧/٢٠ لأن هذا لا يعتبر انسحاباً لأثر القانون الجديد على الماضى وإنما تطبيقاً للأثر الفورى لهذا القانون . وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ورفض وقف الدعوى بعد أن بات نظام التصالح غير قائم فإن النعى عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس . (الطعن ٢٠ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٤/٢/١٣ س٣٥ ص٤٦٣) .

الوصية بطبيعتها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فلا يكون لها وجود قانونى إلا بعد حصول الوفاة وموت الموصى مصراً عليها ، وتكون محكومة بالقانون السارى وقت الوفاة لا وقت تحرير الوصية . وإذن فمتى كان المورث قد توفى فى وقت سريان قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ تعين خضوع وصيته لحكم هذا القانون . (الطعن ٢١٣ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٦/٢/٢٣ س٧ ص٢٤٤) .

ولكن لا أثر له ما استحق من نفقة وتقرر من حضانة قبل نفاذه ، والقانون الذى يقيد حق الزوج فى ايقاع الطلاق يطبق بأثر مباشر على كل زواج قائم وقت العمل أى على كل المتزوجين فى ظل القانون القديم ، إلا أن القانون الجديد لا يملك المساس بما وقع من طلاق قبل نفاذه .

(ب) مبررات المبدأ :

١- إن مبدأ الأثر المباشر للقانون هو مبدأ مكمل لمبدأ عدم سريان القانون بأثر رجعى . ولا شك أن هذا التكامل بين المبدأين أمر ضرورى ولا غنى عنه لحل مشكلة التنازع الزمانى للقوانين . فمبدأ عدم الرجعية يصلح لبيان القانون الواجب التطبيق بالنسبة للمراكز القانونية الماضية ، أما المراكز القانونية الجارية أى الحاضرة أو المستقبلة فيصلح لمواجهتها مبدأ الأثر المباشر للقانون . أضف إلى ذلك أن الأخذ بالمبدأين السابقين يحقق التوفيق والتوازن بين الرغبة فى استقرار معاملات الأفراد من جهة وضرورات تقدم المجتمع ووحدة التشريع من جهة أخرى .

٢- من المفترض أن القانون الجديد يفضل القانون القديم نظراً لأنه يمثل تطور وتقدم الفكر والنظام القانونى من جهة ويلائم المعطيات الاجتماعية المستجدة من جهة أخرى . لذا تستوجب المصلحة العامة تعميم تطبيقه والاستفادة من مزاياه وتحقيق أهدافه المرجوة .

٣- يؤدى أعمال القانون بأثر مباشر إلى منع تعدد أو ازدواج التشريعات المطبقة فى شأن الموضوع الواحد داخل الدولة ، حيث يستتبع ذلك التعدد وجود الاضطراب والاختلاف فى الجماعة بصدد المراكز المتشابهة . يحقق

مبدأ الأثر المباشر للقانون وحدة القانون المطبق على المراكز القانونية ذات الطبيعة الواحدة .

(جـ) الاستثناء من قاعدة الأثر المباشر (الأثر المستمر للقانون القديم بشأن المراكز العقدية) :

يرد على مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد استثناء وحيد خاص بالعقود ، حيث تظل المراكز العقدية الجارية Les situations Contractuelles nouvelles التى تتكون فى ظل قانون معين وتمتد آثارها إلى ما بعد العمل بقانون جديد . تظل هذه المراكز محكومة بالقانون القديم الذى نشأت فى ظله دون أن تخضع للأثر المباشر للقانون الجديد . مؤدى ذلك أن القانون القديم يستمر فى السريان إلى ما بعد صدور القانون الجديد ، بشأن المراكز العقدية الجارية ، فتلك المراكز تكون قد خضعت فى تكوينها للقانون القديم ، وتظل خاضعة له سواء فيما يتعلق بآثارها أو انقضائها بالرغم من صدور القوانين الجديدة .

ويجد هذا الاستثناء تبريره فى الاعتبارات المتعلقة بالعقود ، يتحدد مضمون العقد وآثاره بصفة أساسية بناءً على ارادة الأطراف ، حيث تحرص على اقامة التوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين على ضوء القواعد القانونية السارية وقت ابرام العقد . يؤدى تطبيق القانون الجديد على الآثار المستقبلة للعقد إلى المساس بتوقعات الطرفين والتوازن الذى حرصا على اقامته بين حقوق والتزامات كل منهما . ومن جهة أخرى فإن الحكمة من الأثر الفورى للقانون الجديد هى توحيد القواعد المطبقة بشأن المراكز القانونية المتماثلة . وتنتفى هذه الحكمة بصدد العقود ، حيث تتنوع

ويختلف تنظيمها من مركز إلى آخر نتيجة مبدأ سلطان الارادة ، ومن ثم لا مبرر لأعمال مبدأ الأثر المباشر بشأنها .

ولكن ما هو نطاق هذا الاستثناء ؟ هل يستمر تطبيق القانون القديم فى السريان ، رغم صدور قانون جديد ، على الآثار المستقبلة لكافة العقود ؟ .

من المسلم به أن مبدأ استمرار القانون القديم فى السريان داخل النطاق الزمنى للقانون الجديد لا ينصرف إلى كافة العقود ، بل يقتصر على الحالات التى تتوافر فيها الحكمة من تقريره . ولكن ما هو معيار تحديد هذه الحالات ؟ .

١- ذهب البعض إلى التفرقة بين النظام القانونى Statut légal والمركز العقدى Situation Contractuelle . فالنظام القانونى يتمثل فى الروابط أو العلاقات التى يتولى القانون تنظيمها وترتيب آثارها ، ويقتصر دور الأفراد على قبول الدخول فى الرابطة أو العلاقة . مثال ذلك الزواج حيث يتولى القانون تنظيمه دون اعتداد بارادة الأفراد التى يقتصر دورها على مجرد الانضمام إلى نظام الزواج . يتحدد مركز الزوجين بمقتضى القانون وحده ومباشرة بالرغم من استناد الرابطة الزوجية إلى عقد الزواج ، ومن ثم فإن هذا المركز القانونى لا يختلف باختلاف العقود حيث تكون وحدتها مفروضة بالقانون . لذا تنتفى الحكمة من خضوعها للأثر المستمر للقانون القديم وتتوافر الحكمة من تطبيق الأثر المباشر للقانون . وينطبق نفس القول بالنسبة للقوانين المتعلقة بتنظيم حالة الموظفين، وحالة الأشخاص وأهليتهم ، والملكية وغيرها من الحقوق العينية ، والعملة والنقد

والضرائب ، وعلاقات العمل .

أما بالنسبة للروابط التعاقدية التى يترك تنظيمها للأفراد فتختلف وتتفاوت بحسب العقود على نحو لا تتوافر معه الحكمة من اعمال الأثر المباشر بشأنها ، وتظل خاضعة للقانون القديم الذى نشأت فى ظله ، سواء فيما يتعلق بآثارها أو إنقضائها ، رغم صدور قانون جديد . مثال ذلك عقود البيع والقرض والمقاولة .

٢- أدت صعوبة التفرقة بين النظام القانونى والمركز التعاقدى إلى البحث عن معيار آخر هو معيار النظام العام . يطبق القانون الجديد بأثر مباشر إذا كان متعلقاً بالنظام العام (١) . ولا يستمر بالتالى ، سريان القانون القديم فى

---

(١) من الأصول الدستورية المقررة أن أحكام القانون لا تسرى إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، وأنه لا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ، مما مؤداه عدم جواز انسحاب أثر القانون الجديد على ما يكون قد وقع قبل العمل به من تصرفات أو تحقق من أوضاع ، إذ يحكم هذه وتلك القانون الذى كان معمولاً به وقت وقوعها اعمالاً لمبدأ عدم رجعية القوانين ، إلا أن ذلك لا ينتقص من سريان أحكام القانون الجديد على ما يقع منذ العمل به من تصرفات أو يتحقق من أوضاع ولو كانت مستندة إلى علاقات سابقة عليه ، اعمالاً لمبدأ الأثر المباشر للقانون ، هذا ولئن كان من المقرر ، استثناء من هذا المبدأ الأخير ، تحقيقاً للاستقرار فى العلاقات التعاقدية ، وتأكيداً لمبدأ سلطان الارادة فى نطاق المشروعية ، سريان أحكام القانون الذى أبرم العقد فى ظله على ما يتولد عنه من آثار مستقبلية ولو أدركها قانون جديد ، إلا أن ذلك مقيد بعدم تعلق قواعد هذا القانون الجديد بالنظام العام ، أما حيث تتعلق به فإنها تسرى بأثر فورى مباشر على ما يقع منذ العمل به من تصرفات أو ينشأ من أوضاع بغض النظر عن تاريخ العقد الذى تستند إليه . (الطعن السابق ، الطعن ٤٧ لسنة ٤٤ق جلسة ١١/١/٧٨ س٢٩ ص١٥٩) .

من الأصول الدستورية المقررة أن النص التشريعى لا يسرى إلا على ما يلى نفاذه من وقائع ما لم يقصد القانون خروجاً على هذا الأصل وفى الحدود التى يجيزها الدستور برجعية أثره وكان لا يغير من هذا الأصل تعلق -

شأن الآثار المستقبلة للعقود وطرق انقضائها فى حالة صدور قانون جديد يتعلق بالنظام العام . ويقصد بقوانين النظام العام تلك التى تمثل أهمية قصوى من خلال حمايتها للمصلحة العامة دون تلك التى تحمى مصلحة خاصة . فالقوانين المنظمة للعملة تحمى مصلحة عامة وتسرى بأثر مباشر ، أما القواعد المنظمة لسعر الفائدة الاتفاقية فتحمى مصلحة خاصة وتطبق بأثر مستمر .

٣- ويصعب أعمال التفرقة السابقة نظراً لعدم وجود فاصل محدد بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة . أضف إلى ذلك خطأ وعدم جدوى التفرقة بين قوانين النظام العام استناداً إلى فكرة المصلحة . لذا ذهب الرأى الراجح إلى تبنى فكرة القواعد الآمرة والقواعد المفسرة . فينبغى تطبيق القانون الجديد بأثر مباشر إذا كانت قواعده آمرة (١) ، دون

= أحكام القانون بالنظام العام وإذ لا يجاوز أثر ذلك أن تسرى أحكامه على ما يستجد من أوضاع ناتجة عن علاقات تعاقدية ابرمت قبل نفاذه مادامت آثارها سارية فى ظله إذ تخضع هذه الآثار لأحكام القانون الجديد تغليباً لاعتبارات النظام العام التى دعت إلى اصداره على حق المتعاقدين فى تحديد التزاماتهما وحقوقهما التعاقدية الحال منها والمستقبل على السواء اعمالاً لمبدأ سلطان الارادة . (الطعن ١٠٣٨ لسنة ٤٥ق جلسة ٣١/٥/١٩٨٠ س٣٠ ص٢٦٢٣) .

المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن القانون الجديد المتعلق بالنظام العام يسرى ويطبق بأثر مباشر على المراكز القانونية القائمة ولو كانت ناشئة فى تاريخ سابق على نفاذه. (الطعن ٧٥٣ لسنة ٤٧ق جلسة ٢٢/٢/٨٤ س٣٥ ص٥٣٦).

المقرر أن العقود إنما تخضع فى بنياتها وآثارها للقانون النافذ وقت ابرامها ما لم يكن القانون الجديد من النظام العام فيسترد سلطانه المباشر على الآثار المترتبة على هذه العقود طالما بقيت سارية عند العمل بالقانون الجديد . (الطعن ٨٥١ لسنة ٤٩ق جلسة ١٠/٥/٨٤ س٣٥ ص١٢٦٥) .

(١) المقرر – فى قضاء محكمة النقض – أن الأصل أن القانون يسرى بأثر فورى مباشر على المراكز القانونية التى تتكون بعد نفاذه ، سواء فى نشأتها أو =

تفرقة بين تلك التى تتعلق بالنظام القانونى أو بالرابطة العقدية ، وبغض النظر عن تعلقها بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة . ويستمر سريان القانون القديم إذا جاء القانون الجديد بقواعد مكملة ، أى أن القانون القديم يطبق على آثار وانقضاء العقود التى أبرمت فى ظله طالما أن تطبيقه لا يخالف قاعدة آمرة فى القانون الجديد .

وبناءً على ذلك إذا أبرم عقد قرض بفائدة قدرها ٨٪ فى ظل قانون يسمح بذلك ، ثم صدر قانون جديد وخفض سعر الفائدة إلى ٧٪ وجب تطبيقه ، ويتم دفع الفائدة على أساس ٧٪ ابتداء من تاريخ نفاذ القانون الجديد . ولا يجوز المساس بما استحق من فوائد قبل تطبيقه (١) .

= فى انتاجها آثارها ، أو فى انقضائها ، وهو لا يسرى على الماضى ، فالمراكز القانونية التى نشأت واكتملت فور تحقق سببها قبل نفاذ القانون الجديد ، تخضع للقانون القديم الذى حصلت فى ظله ، أما المراكز القانونية التى تنشأ وتكتمل خلال فترة تمتد فى الزمان ، فإن القانون يحكم العناصر والآثار التى تتحقق فى ظله ، ولئن كانت المراكز القانونية الاتفاقية تظل خاضعة للقانون القديم الذى تم العقد فى ظله - باعتبار أنه تعبير عن إرادة ذوى الشأن فى نشوئها أو فى آثارها ، أو فى انقضائها - إلا أن هذا مشروط بألا يكون القانون الجديد قد أخضع المراكز القانونية سالفة البيان لقواعد آمرة ، فحينئذ يطبق القانون الجديد فوراً على ما لم يكن قد اكتمل من هذه المراكز . (الطعن ١٦٦٩ لسنة ٤٩ق جلسة ٢٨/٥/٨٠ س٣١ ص١٥٨٢) .

(١) يسرى السعر المقرر بالمادة ٢٢٧ من القانون المدنى الجديد من تاريخ العمل بهذا القانون على العقود المبرمة قبل هذا التاريخ لأن الحد الأقصى للفائدة التى يجوز الاتفاق عليها قانوناً هو من قواعد النظام العام . (الطعن ٢٤٤ لسنة ٢٣ق لجلسة ٢٨/١١/١٩٥٧ س٨ ص٨٣٤) .

لا يجوز للمحكوم له أن يتقاضى فائدة اتفاقية تزيد على سبعة فى المائة من تاريخ سريان المادة ٢٢٧ مدنى التى استقر قضاء هذه المحكمة على سريانها من تاريخ صدور القانون على الاتفاقات السابقة على العمل به ولا يحد من هذا أن يكون قد صدر حكم بالدين مع فوائده الاتفاقية بواقع ٩٪ حتى تمام =

المطلب الثالث

المبادئ القضائية فى تنازع القوانين فى الزمان

يبين من استقراء أحكام القضاء فى تنازع القوانين فى الزمان أنه يستقر على عدة مبادئ :

(أ) عدم تطبيق القانون الجديد بأثر رجعى :

١- من المبادئ الدستورية المقررة أن أحكام القوانين لا تسرى إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها ولا تنعطف آثارها على ما وقع قبلها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، مما مؤداه عدم جواز انسحاب تطبيق القانون الجديد على ما يكون قد انعقد قبل العمل به من تصرفات أو تحقق من أوضاع إذ يحكم هذه وتلك القانون الذى كان معمولاً به وقت وقوعها أعمالاً لمبدأ عدم رجعية القوانين (١) . يسرى القانون من

= الوفاء - على أساس هذا الاتفاق - قبل العمل بأحكام القانون المدنى الجديد. تقضى المادة ٢٢٧ من القانون المدنى الجديد بتخفيض الفوائد الاتفاقية إلى ٧٪ ولم يستثن هذا النص من تطبيقه الاتفاقات السابقة على صدوره كما فعل القانون ٢٠ لسنة ١٩٣٨ ولما كان تعيين الحد الأقصى للفائدة التى يجوز الاتفاق عليها هو مما يتصل بالنظام العام ، فإن حكم هذه المادة ينطبق بأثر فورى من تاريخ العمل بالقانون الجديد فى ١٥/١٠/١٩٤٩ ويسرى السعر المخفض من هذا التاريخ حتى عن الاتفاقات السابقة عليه وذلك بالنسبة للفوائد التى تستحق منذ نفاذ ذلك القانون . (الطعن ١١٢ سنة ٢٨ق جلسة ٢٧/٦/١٩٦٣ س١٤ ص٩٣٦) .

(١) إلا أن ذلك لا ينتقص من سريان أحكام القانون الجديد على ما يقع منذ العمل به من تصرفات أو يتحقق من أوضاع ولو كانت مستندة إلى علاقات سابقة عليه ، اعمالاً لمبدأ الأثر المباشر للقانون ، هذا ولئن كان من المقرر ، استثناء من هذا المبدأ الأخير ، تحقيقاً للاستقرار فى العلاقات التعاقدية ، وتأكيداً لمبدأ سلطان الارادة فى نطاق المشروعية ، سريان أحكام القانون الذى أبرم العقد فى ظله على ما يتولد عنه من آثار مستقبلة ولو أدركها قانون جديد ، إلا أن =

تاريخ العمل به على الوقائع والمراكز القانونية التى تنشأ بعده ولا يسرى بأثر رجعى على الوقائع السابقة عليه إلا بنص خاص (١) . وليس للمحاكم أن تعود إلى الماضى لتطبيق القانون الجديد على ما نشأ من علاقات قانونية وما يترتب عليها من آثار قبل العمل بأحكامه ، وإنما يجب عليها وهى بصدد بحث هذه العلاقات وتلك الآثار أن ترجع إلى القانون الذى نشأت فى ظله (٢) .

٢- إن صدور قانون يقضى بعدم تملك أموال الدولة الخاصة بوضع اليد عليها لا يسرى على ما تم كسب ملكيته بالتقادم قبل العمل بالقانون (٣) .

٣- لا تسرى اللائحة إلا على ما يقع من تاريخ صدورها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها إلا إذا كانت صادرة تنفيذاً لقوانين ذات أثر رجعى (٤) .

٤- تعتبر بالرجعية استثناءاً من الأصل العام ومن ثم لا يجب التوسع فى تفسيرها (٥) ، وإذا لم يوجد النص عليها فلا يطبق القانون بأثر رجعى ولو كان أكثر فائدة (٦) .

- ذلك مقيد بعدم تعلق قواعد هذا القانون الجديد بالنظام العام ، أما حيث تتعلق به فإنها تسرى بأثر فورى مباشر على ما يقع منذ العمل به من تصرفات أو ينشأ من لوضاع بغض النظر عن تاريخ العقد الذى تستند إليه . (الطعن ٩٣١ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/٥/٥ س٣٠ ص٢٨٠ ، الطعن ٧٠٩ لسنة ٤٨ق جلسة ٨٢/١١/١٨ س٣٣ ص٩٣٤) .

(١) نقض ١٩٨٥/٥/٢ طعن ٤٤٤ س٥١ق .

(٢) نقض ١٩٨٢/١٢/٢٩ طعن ٢١٠ س٤٢ق .

(٣) نقض ١٩٨٢/١/٢٦ س٣٣ جـ١ ص١٩٢ .

(٤) نقض ١٩٨٣/٥/٢٣ طعن ١١٩٢ س٤٨ق .

(٥) نقض ١٩٧٣/١/٣ كمال عبد العزيز ص١٠٠ .

(٦) نقض ١٩٦٥/٥/٢٧ نفس المرجع ص٩٨ .

يستقل المشرع بتقرير الأثر الرجعي للقانون وتقدير مبرراته ودوافعه . وليس للقاضي أن يمتنع عن أعمال الأثر الرجعي للقانون بحجة أن المشرع لم يلتزم المصلحة العامة فيما قرره من سريان النص بأثر رجعي (١) .

(ب) سريان القانون الجديد بأثر مباشر :

١- الأصل أن للقانون الجديد أثراً مباشراً على الوقائع والمراكز القانونية التي تقع أو تتم بعد نفاذه ، والاستثناء هو سريان القانون القديم فيما يتعلق بأثار وانقضاء المراكز العقدية التي نشأت في ظله ، ما لم يكن النص الجديد متعلقاً بالنظام العام (٢) . يطبق القانون الجديد على المراكز القانونية الخاصة ، إلا في العقود فتخضع للقانون القديم الذي أبرمت في ظله ، ما لم يكن القانون الجديد من النظام العام فيمتد سلطانه المباشر على الآثار المترتبة على هذه العقود ، وطالما بقيت سارية عند العمل بالقانون الجديد (٣) .

---

(١) نقض ١٩٦٥/٣/٢١ نفس المرجع ص١٠٢ .

(٢) نقض ١٩٨١/٢/٧ س٣٢ جـ١ ص٤٢٥ .

(٣) نقض ١٩٨٥/١/١ طعن ١٠٠٧ س٥٤ق .

من الأصول الدستورية وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن النص التشريعي لا يسري إلا على ما تلى نفاذه من وقائع ما لم يقض القانون خروجًا على هذا الأصل وفي الحدود التي يجيزها الدستور برجعية أثره ولا يغير من هذا الأصل تعلق أحكام القانون بالنظام العام إذ لا يجاوز أثر ذلك أن يسري هذا القانون على ما يستجد من أحكام ناتجة عن علاقات تعاقدية أبرمت قبل نفاذه مادامت آثارها سارية في ظله ، إذ تخضع هذه الآثار لأحكام النظام الجديد تغليبًا لاعتبارات النظام العام والتي دعت إلى اصداره على حق المتعاقدين في تحديد التزاماتهما وحقوقهما التعاقدية الحال منها والمستقبل على السواء . (الطعن ١١٧١ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٠/١١/١٨) .

٢- إن النص الآمر يتعلق بالنظام العام ويسرى بأثر فورى (١) .

٣- عقد الزواج لا يكسب أياً من الزوجين فيما يختص بالطلاق أو التطليق حقاً مستقراً بما قد يطرأ بعد ابرامه مما يكون من شأنه سريان قانون آخر فى هذا الخصوص (٢) .

٤- تسرى تشريعات القانون العام بأثر مباشر ، وليس لأحد أن يدعى أن له حقاً مكتسباً فى أن تكون إحدى السلطات منظمة على وجه معين (٣) . فإذا رسم المشرع قاعدة

---

(١) نقض ١٩٦٠/١١/١٧ س١١ ص٥٨٣ .

متى كانت علاقة العمل قد استمرت إلى ما بعد تاريخ العمل بالمرسوم بقانون ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ فإن ما لم يكن قد تم واكتمل من آثارها يحكمه هذا المرسوم بقانون فيما تضمنه من قواعد تنظيمية آمرة أو من النظام العام بشأن أحوال استحقاق مكافأة مدة الخدمة . (الطعن ٤٨٧ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٣/١١/٢٠ س١٤ ص١٠٦٢) .

القرارات المحددة للأسعار الجبرية تطبق بأثر فورى بحيث تسرى الأسعار المحددة فيها على ما لم يكن قد تم بيعه من السلع قبل صدورها دون اعتبار لما قد يلحق أصحاب هذه السلع من خسارة نتيجة فرض تلك الأسعار . (الطعن رقم ٣٤٨ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/١٢/١٢ س١٤ ص١١٤٠) .

(٢) ليس للزوجة قانوناً التحدى بحق مكتسب فى أن تطلب التطليق وفقاً لأحكام القانون الذى أبرم عقد الزواج تحت سلطانه ذلك لأن عقد الزواج لا يكسب أياً من الزوجين فيما يختص بالطلاق والتطليق حقاً مستقراً لا يتأثر بما قد يطرأ بعد ابرامه مما يكون من شأنه سريان قانون آخر فى هذا الخصوص وقد أيد المشرع المصرى هذا النظر فيما سنه من قواعد لتنازع القوانين وذلك بما قرره فى المادة ١٣ من القانون المدنى . (الطعن ١ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٤/٥/٢٢) .

(٣) نقض ١٩٦٦/١١/٢٢ س١٧ ص١٥١٨ .

علاقة الموظف بالسلطة العامة ليست علاقة تعاقدية بل هى علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح التى تملك تلك السلطة اصدارها فى أى وقت تحقيقاً للمصلحة العامة وهى واجبة التطبيق على الموظفين القائمين بالخدمة وقت صدورها دون أن يعد ذلك مساساً بحق مكتسب إذ لا يعتبر الموظف قد =

لتقدير وعاء ضريبة معينة ، فإن هذه القاعدة تكون واجبة الاتباع من تاريخ سريان القانون الذى نظمها ويتعين أعمالها على كافة الحالات التى لم يصبح فيها الربط نهائياً (١). ولا يسرى قانون الجنسية الجديد على المراكز القانونية التى تحققت قبل صدوره (٢) .

٥- المقرر فى قوانين ايجار الأماكن أن الأحكام الخاصة بتحديد الأجرة ، والامتداد القانونى ، وتعيين أسباب الاخلاء هى قواعد آمرة ومتعلقة بالنظام العام . ومن ثم فإنها تسرى بأثر فورى على جميع المراكز والوقائع القائمة ، والتى لم تستقر نهائياً وقت نفاذها ، ولو كانت ناشئة قبل تاريخ العمل بها . ومؤدى ذلك أنه إذا صدر قانون لاحق يتضمن تعديلاً فى تشريعات ايجار الأماكن كان من شأنه استحداث حكم جديد متعلق بذاتية تلك القواعد الموضوعية الآمرة سواء بالالغاء أو بالتغيير اضافة أو حذفاً فإن هذا التعديل يأخذ بدوره حكم القاعدة الآمرة من حيث سريانه بأثر فورى مباشر على المراكز والوقائع القائمة وقت نفاذه .

- قد اكتسب حقاً فى عدم احالته إلى المعاش إلا فى سن الخامسة والستين ، إلا إذا بلغ هذه السن فى ظل قانون يجعل سن الاحالة إلى المعاش هى الخامسة والستين . (الطعن ٢٧٢ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٨ س١٣ ص١٢٢٧) .

وضع المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الاصلاح الزراعى بما نص عليه فى المادة الأولى منه قاعدة هى من قواعد النظام العام وهى عدم جواز زيادة ملكية الفرد عن مائتى فدان ومن ثم فإن أحكام هذا المرسوم بقانون تسرى على الوقائع السابقة على صدوره مادام لم يصدر فى خصوصها حكم نهائى . (الطعن ٢٣٥ لسنة ٢٣ جلسة ١٩٥٧/١١/١٤ س٨ ص٧٩٨) .

(١) نقض ١٩٥٩/٢/٢٦ س١٠ ص١٨٤ .

(٢) نقض ١٩٦٤/٤/١ س١٥ ص٤٨٦ .

أما إذا كان التعديل منصباً على شروط اعمال القاعدة الآمرة دون مساس بذاتيتها أو حكمها كما لو استوجب لتطبيقها توافر شروط خاصة ، واتخاذ اجراءات معينة سواء من حيث اجراءات التقاضى أو الإثبات ، لم تكن مطلوبة ولا مقررة من قبل ، فإن التعديل لا يسرى فى هذه الحالة إلا من تاريخ نفاذه وعلى الوقائع والمراكز التى تنشأ فى ظله ، دون أن يكون له أثر على الوقائع التى نشأت فى ظل القانون السابق ، باعتبار أن القانون الذى رفعت الدعوى فى ظله هو الذى يحكم شروط قبولها واجراءات وقواعد إثباتها (١) .

٦- إذا تم تعليق نفاذ القانون الجديد على صدور أنظمة معينة ولم تصدر هذه الأنظمة ، فإنه يتم العمل بالنص القديم إذا كانت الأنظمة ضرورية لنفاذ النص الجديد .

---

(١) نقض (هيئة عامة) ١٩٨٥/٣/٢٥ س٣٢ جـ١ ص٦٢٩ .

من المقرر طبقاً للمبادئ الدستورية المتواضع عليها أن أحكام القوانين لا تجرى إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها ولا تنعطف آثارها على ما وقع قبلها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك . والأصل أن للقانون الجديد أثراً مباشراً تخضع لسلطانه الآثار المستقبلة للمراكز القانونية الخاصة ، إلا فى العقود فتخضع للقانون القديم الذى أبرمت فى ظله ما لم يكن القانون الجديد من النظام العام فيسترد سلطانه المباشر على الآثار المترتبة على هذه العقود ، طالما بقيت سارية عند العمل بالقانون الجديد دون أن يكون ثمة تعارض بين هذا المبدأ وبين قاعدة عدم رجعية القوانين ، والمراد بالقانون - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو القانون بمعناه الأعم ، فتدخل فيه كافة التشريعات سواء كانت صادرة من السلطة التشريعية أم من السلطة التنفيذية عملاً بالتفويض الصادر إليها وإذ كانت احكام قوانين ايجار الأماكن الاستثنائية المتتابعة آمرة ومتعلقة بالنظام العام فإنها تسرى بأثر مباشر فورى من تاريخ العمل بها على جميع الآثار المترتبة على عقود الايجار حتى ولو كانت مبرمة قبل العمل بها . (الطعن ٤٧ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/١/١١ سنة ٢٩ ص١٥٩) .

المبحث الثالث

الحلول التشريعية لمشكلة تنازع القوانين

وضع المشرع المصرى قواعد لحل بعض مشاكل تنازع القوانين فى الزمان نعرض لها فيما يلى :

(أ) القوانين المتعلقة بالأهلية (١) :

تسرى القوانين المتعلقة بالأهلية بأثر مباشر على جميع الأشخاص . فإذا كان القانون الجديد يرفع سن الرشد من ١٨ إلى ٢١ سنة فإن كل شخص لم يبلغ ٢١ سنة يعتبر قاصراً حتى لو كان قد بلغ سن الرشد فى ظل القانون القديم . وإذا كان القانون قد أنقص سن الرشد وجعلها ١٨ سنة بدلاً من ٢١ فإن كل من بلغ سن ١٨ سنة يعتبر راشداً فور نفاذ القانون الجديد رغم سبق اعتباره قاصراً فى ظل القانون القديم .

وتظل تصرفات الشخص محكومة بالقانون الذى أبرمت فى ظله ، ولا يسرى عليها القانون الجديد . فإذا كان الشخص قد بلغ سن الرشد فى ظل القانون القديم وتصرف فى بعض أمواله فإن تصرفه يظل صحيحاً بالرغم من عودة هذا الشخص قاصراً ابتداء من نفاذ القانون الجديد الذى رفع سن الرشد . وإذا كان الشخص قاصراً فى ظل القانون

---

(١) م٦ مدنى : تسرى النصوص المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة فى هذه النصوص . وإذا عاد شخص توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة ناقص الأهلية بحسب نصوص جديدة . فإن ذلك لا يؤثر فى تصرفاته السابقة .

القديم وأبرم بعض التصرفات فإنها تظل باطلة أو قابلة للابطال تطبيقًا للقانون الذى أبرمت فى ظله ، وذلك بالرغم من اعتبار هذا الشخص ، راشداً ابتداء من وقت نفاذ القانون الجديد الذى خفض سن الرشد .

(ب) القوانين المتعلقة بالتقادم :

لا يسرى القانون الجديد على ما توافر من عناصر متعلقة بتكوين مركز التقادم وتسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل (١) . ونعرض لتطبيق ذلك المبدأ بصدد مدة التقادم وفيما يتعلق بشروط التقادم (٢) .

١- شروط التقادم : إذا عدل القانون الجديد شروط التقادم فإنه يسرى مباشرة على كل تقادم جار ، وعلى ذلك فإن القانون الذى يجعل حقًا أو مالاً غير قابل للتقادم على خلاف ما يقرره القانون القديم ، ينهى فور نفاذه التقادم

---

(١) وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها : « مضى المدة المكسبة للملكية إذا ابتدأت تحت سلطان قانون قديم ولم تتم ثم جاء قانون جديد فعدل شروطها أو مدتها فالقانون الجديد هو الذى يسرى ، وتدخل المدة التى انقضت تحت سلطان القانون القديم فى حساب المدة التى قررها القانون الجديد » نقض ٢٣/٣/١٩٧٢ س٢٣ ص٥٠٧ - ١٦/٣/١٩٨٣ طعن ١٤٩٩ س٤٩ق .

(٢) وردت تلك الأحكام فى القانون المدنى . تقرر م٧ أنه « تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل . على أن النصوص القديمة هى التى تسرى على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه ، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة » .

تقرر م٨ أنه « إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك . أما إذا كان الباقى من المدة التى نص عليها القانون أقصر من المدة التى قررها النص الجديد ، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقى » .

الجارى فى شأنه . أما إذا جعل القانون الجديد حقاً أو مالاً قابلاً للتقادم ، على خلاف ما يقرره القانون القديم ، فإن مدة التقادم تبدأ فقط منذ بدء العمل بالقانون الجديد (١) .

وإذا تشدد القانون الجديد فى شروط التقادم وجب أن يتوافر ما استلزمه ذلك القانون منذ نفاذه ، هذا ما لم يكن الشرط الذى أضافه القانون ينبغى توافره ، طبقاً لأحكام التقادم ، عند بدء مدته (مثال ذلك اشتراط حسن النية) ، عندئذ لا يعتد بالتقادم الذى بدأ فى ظل القانون القديم إلا إذا توافرت الشروط الاضافية فعلاً منذ بدء التقادم . أما إذا خفف القانون الجديد من الشروط فإن التقادم طبقًا للشروط المخففة لا يسرى إلا بعد نفاذ القانون الجديد ، وتحتسب المدة السابقة طالما توافرت فيها الشروط المشددة التى كان يتطلبها القانون القديم .

ويظل القانون القديم يحكم المدة التى سرت من التقادم فى ظله من حيث تعيين اللحظة التى بدأت فيها وكيفية حسابها وأسباب قطعها أو وقفها . ويحكم القانون الجديد المدة التى تسرى فى ظله من هذه المناحى (٢) .

---

(١) فإذا كان القانون القديم لا يجيز تقادم دعوى البطلان المطلق ، وجاء القانون الجديد مقرراً تقادم الدعوى بـ ١٥ سنة فإن مدة التقادم لهذه الدعاوى تبدأ من تاريخ العمل به . نقض ٣/١٢/١٩٦٤ كمال عبد العزيز ص١١٣ .

يعتبر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ منشئاً لحكم مستحدث ولا اثر له على ما تم كسب ملكيته بالتقادم من أموال الدولة الخاصة قبل العمل به . وقد اكدت ذلك المذكرة الايضاحية للقانون المذكور بقولها ان ليس له اثر رجعى بالنسبة لما اكتسب فعلاً من هذه الأموال بالتقادم قبل صدوره . (الطعن ١٢٢ سنة ٢٧ق جلسة ٨/١١/١٩٦٢ س١٣ ص٩٨١) .

(٢) نقض ١٠/١١/١٩٧١ س٢٢ ص٨٧٩ . وتضيف فى حكم آخر : أوضحت =

٢- **مدة التقادم** : إذا أطال القانون الجديد مدة التقادم ، فإن التقادم لا يكتمل إلا بتمام المدة الطويلة التى جاء بها القانون الجديد ، وذلك اعمالاً لمبدأ الأثر المباشر للقانون . فتسرى مدة التقادم الجديدة مع احتساب ما مضى من مدة جرت فى ظل القانون القديم .

أما إذا قصر القانون الجديد مدة التقادم وجب الأخذ بالمدة القصيرة ، ويتم التقادم بانتهاء المدة الجديدة محسوبة ابتداء من يوم نفاذ القانون الجديد ، إلا إذا كان الباقى من المدة التى ينص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقى .

- المذكرة الايضاحية أن بدأ التقادم ووقفه وانقطاعه يتحقق كل منها متى توافرت شروط معينة يحددها القانون السارى آنذاك ومتى بدأت المدة أو أوقفت أو انقطعت وفقاً لقانون معين ظل البدء أو الوقف أو الانقطاع مرتباً لحكمه فى ظل القانون الجديد . نقض ١٩٧٥/٤/٢٣ س٢٦ ص٨١٩ .

فإذا كان القانون القديم مثلاً يكتفى بمجرد الانذار لكى يقطع التقادم ، وجاء القانون الجديد واستلزم لقطع التقادم أن ترفع دعوى أمام القضاء ، وكان صاحب الحق قد قام بانذار المدين قبل صدور القانون الجديد . فإن هذا الانذار يكفى لقطع التقادم ولا يطبق القانون الجديد .

لا يطبق القانون الجديد بأثر رجعى على المدة التى مرت من هذا التقادم قبل العمل به سواء من حيث بداية التقادم أو ما يقترن بها من وقف أو انقطاع أو أى ملابسات أخرى ، بل تظل هذه المدة محكومة بالقانون القديم . نقض ١٩٦٦/٢/٢٤ س١٧ ص٤٢٥ .

مضى المدة المكسبة للملكية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إذا ابتدأت تحت سلطان قانون قديم ولم تتم ثم جاء قانون جديد فعدل شروطها أو مدتها فالقانون الجديد هو الذى يسرى ، وتدخل المدة التى انقضت تحت سلطان القانون القديم فى حساب المدة التى قررها القانون الجديد ، وذلك وفقًا لما جرى به نص الفقرة الأولى من المادة السابعة من القانون المدنى الحالى المعمول به ابتداء من ١٩٤٩/١٠/١٥ من أن « تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل » (الطعن ١٤٩٩ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٣/١٦ س٣٤ ص٦٩٠) .

فإذا وضع شخص يده على عقار مدة ٣ سنوات ثم صدر قانون جديد وجعل مدة التقادم ١٠ سنوات بدلاً من ١٥ سنة فإن المدة الجديدة هى التى تطبق ، أى أن التقادم يبدأ فى السريان ، منذ نفاذ القانون الجديد ، لمدة عشر سنوات ، ونصرف النظر عن الثلاث سنوات التى انقضت فى ظل القانون القديم . وإذا وضع الشخص يده على العقار مدة ١١ سنة ثم صدر قانون جديد وجعل مدة التقادم ١٠ سنوات بدلاً من ١٥ سنة فإن التقادم يتم بانقضاء المدة الباقية وهى ٤ سنوات لأنها أقل من المدة التى قررها القانون الجديد وهى عشر سنوات .

(جـ) قوانين الإثبات :

« تسرى فى شأن الأدلة التى تعد مقدمًا النصوص المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه اعداده » (١) .

يعرض المشرع لنوع معين من الإثبات هو الإثبات أو الدليل المهيأ preuve préconstituée ، ويقصد به المعد مقدماً أو الواجب الاعداد قبل أى خصومة قضائية . يحرص الأفراد ، عادة ، على اعداد الأدلة اللازمة لإثبات حقوقهم . ويتم ذلك ، غالبًا ، لحظة ابرام التصرف كالبيع والقرض والايجار . فإذا

---

(١) م٩ مدنى .

النص فى المادة التاسعة من القانون المدنى على أنه « تسرى فى شأن الأدلة التى تعد مقدماً النصوص المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى كان ينبغى أعداده » يدل على أن القانون الذى نشأ التصرف فى ظله هو الذى يجب أن يحكمه من حيث إثباته . (الطعن ٥٠٢ لسنة ٤٢ق جلسة ٧٦/٦/٢٨ س٢٧ ص٢٤٤٤ ، الطعن ١٨٢٦ لسنة ٤٩ق جلسة ٨٢/٦/١٠) .

ثار نزاع بشأن الحق تم الاستناد إلى الدليل الذى أعدوه منذ ابرام التصرف . فإذا أنكر المقترض ، مثلاً ، حقوق المقرض كان له أن يلجأ إلى القضاء مطالباً بحقه ويقدم الدليل الكتابى الذى أعده لإثبات هذا الحق .

والقاعدة هى أن الدليل المهيأ يظل دائماً خاضعاً للقانون السارى وقت اعداد الدليل أو الذى كان يجب اعداده فى ظله ، وذلك بغض النظر عن موقف القانون الجديد من هذا الدليل . مثال ذلك : كان القانون المصرى يشترط الكتابة لإثبات التصرفات التى تزيد قيمتها على عشرين جنيهاً ويجوز إثبات ما دوّن ذلك بشهادة الشهود . جاء القانون الجديد وقرر أن الكتابة غير لازمة إلا بالنسبة للتصرفات التى تزيد قيمتها على خمسمائة جنيه . وبناءً عليه فالقرض الذى أبرم فى ظل القانون القديم وكانت قيمته ٧٥ جنيهاً يظل واجب الإثبات بالكتابة حتى بعد صدور القانون الجديد . والعكس صحيح فلو اشترط القانون الجديد إثبات التصرفات التى تزيد قيمتها عن خمسين جنيهاً بالكتابة بينما كان القانون القديم يسمح بإثبات التصرفات التى تقل قيمتها عن مائة جنيه بشهادة الشهود ، فإن التصرف الذى أبرم فى ظل القانون القديم وتبلغ قيمته ٨٠ جنيهاً يظل جائز الإثبات بشهادة الشهود ، رغم صدور القانون الجديد (١) .

---

(١) وتسرى نفس هذه الأحكام على القرائن القانونية بوصفها ادلة مهياة يقوم المشرع باعدادها . وقد قضت محكمة النقض بأن « القاعدة الواردة بالمادة ٩١٧ من القانون المدنى مستحدثة لم يكن لها نظير فى التقنين الملغى . والقرينة التى استحدثتها هذه المادة لاتصالها بموضوع الحق اتصالاً وثيقاً لا يجوز اعمالها بأثر رجعى على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدنى القائم . ولقد كان من المقرر فى ظل القانون الملغى ان الأصل =

(د) قوانين المرافعات :

تتمثل أحكام تنازع قوانين المرافعات فى مبدأى : عدم الرجعية ، الأثر المباشر للقانون الجديد ، وترد على هذا المبدأ عدة استثناءات .

١ - انعدام الأثر الرجعى لقوانين المرافعات :

تخضع اجراءات المرافعات للقانون الذى تتم فى ظله ، فكل اجراء يتم صحيحًا فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً ما لم ينص على غير ذلك (١) . فإذا كان الاجراء قد

= فى اقرارات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها بأى طريق من طرق الإثبات ، فعبء الإثبات كان على من يطعن فى التصرف ، ولم يكن لاحتفاظ البائع بحقه فى الانتفاع بالعين المبيعة مدى حياته سوى مجرد قرينة قضائية يتوسل بها الطاعن إلى إثبات دعواه والقاضى بعد ذلك حر فى أن يأخذ بهذه القرينة أو لا يأخذ لأنها كسائر القرائن القضائية تخضع لمطلق تقديره » . نقض ١٩٦٤/٥/١٤ س١٥ ص٦٧٢ .

اقامت المادة ٩١٧ من القانون المدنى قرينة قانونية من شأنها متى توافرت عناصرها اعفاء من يطعن فى التصرف بأنه ينطوى على وصية من الاثبات ، وهى قرينة مستحدثة ولم يكن لها نظير فى التقنين الملغى ، فلا يجوز اعمالها بأثر رجعى على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدنى القائم لاتصالها بموضوع الحق اتصالاً وثيقاً ، والعبرة فى اعمال هذه القرينة هى بالتاريخ الذى انعقد فيه التصرف لا بتاريخ التسجيل لأن القرينة القانونية تخضع للقانون السارى وقت نشوء التصرف الذى رتب عليه المشرع هذه القرينة . (الطعن ٤١١ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٧٢/٦/٢١ س٢٣ ص١١٤٢) .

(١) المادة الثانية من قانون المرافعات . نقض ١٩٥٩/١٢/١٧ س١٠ ص٨٢٦ .

ومن أمثلة الحالات التى نص فيها المشرع على مخالفة المبدأ السابق ، نص المشرع فى قانون المرافعات السابق رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ على سريان أحكامه على كل ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من الاجراءات قبل تاريخ العمل بها ، واستثنى من ذلك بعض الحالات أورد لها أحكاماً خاصة ومنها الحكم الوقتى فى خصوص دعاوى نزع الملكية حيث يستمر السير فيها طبقاً لأحكام النصوص القديمة (م٤) نقض ١٩٥٩/١٢/٢٤ س١٠ ص٨٤٥ .

تم صحيحاً فى ظل القانون القديم ، فهو يظل صحيحاً لا يمتد إليه القانون الجديد حتى ولو تطلب هذا القانون شروطاً أخرى لصحة مثل هذا الاجراء . وإذا وقعت بعض الاجراءات باطلة وفقاً للقانون القديم ، فتظل كذلك حتى ولو اعتبرت صحيحة فى ظل القانون الجديد . وإذا لم يكن الاجراء قد تم ، أو تم وكان باطلاً فإنه يخضع للقانون الجديد .

وتطبيقاً لمبدأ انعدام الأثر الرجعى لقوانين المرافعات يقضى المشرع بأن لا يجرى ما يستحدث من مواعيد السقوط إلا من تاريخ العمل بالقانون الذى يستحدثها (١) . وميعاد السقوط هو ذلك الميعاد الذى يتطلب القانون اتخاذ اجراء فى خلاله وإلا سقط الحق فى هذا الاجراء . فإذا استحدث القانون الجديد ميعاداً لمباشرة اجراء معين ، فلا يسرى هذا القانون إلا على ما يستجد بعد نفاذه من اجراءات .

٢ - *الأثر المباشر لقوانين المرافعات :*

تسرى قوانين المرافعات على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من اجراءات (٢) . يسرى القانون الجديد

---

(١) المصدر السابق .

(٢) المادة الأولى من قانون المرافعات .

القاعدة فى سريان قانون المرافعات طبقاً لما تنص عليه المادة الأولى من قانون المرافعات هى أنها تسرى على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى او ما لم يكن تم من الاجراءات قبل تاريخ العمل بها ، وذلك فيما عدا القوانين التى نصت عليها هذه المادة وليس من بينها الاجراءات الخاصة بابداء الاعتراض على قائمة شروط البيع او التدخل فيها وترتيباً على ذلك فإنه وإن كانت قائمة شروط البيع قد اودعت اثناء العمل بقانون المرافعات السابق إلا انه طالما ان الاعتراضات التى ابديت عليها لم يكن قد فصل فيها حتى ادركها -

على كل الدعاوى المنظورة أمام القضاء أى التى لم يفصل فيها بعد (١) ، ولو كان قد تم رفعها فى ظل القانون القديم ، ويسرى كذلك على الاجراءات التى لم تتم قبل العمل به . وعلى ذلك إذا جعل القانون الجديد الدعوى من اختصاص محكمة أخرى غير المحكمة التى تنظرها ، تصبح المحكمة الجديدة هى المختصة وتحال إليها الدعوى . وإذا غير القانون الجديد من الاجراءات التى تتبع فى نظر الدعوى ، فإنه يطبق

= قانون المرافعات الحالى ، فإن أحكام هذا القانون الأخير تكون هى الواجبة التطبيق بأثر فورى ولا محل للتحدى بأن اجراءات ايداع القائمة بدأت فى ظل العمل بالقانون السابق ، ذلك أن القوانين المنظمة لأصول التداعى والترافع والحكم هى عمومها قوانين منظمة لمراكز قانونية خاضعة بطبيعها للتعديل والتغيير من جانب المشرع . (الطعن ٨٣٨ لسنة ٤٣ق جلسة ٨٢/٣/٣٠ س٣٣ ص٣٤٧) .

ان الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعمول به اعتباراً من ١٩٦٨/١١/١٠ تنص على انه « تسرى قوانين المرافعات على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو ما لم يكن قد تم من الاجراءات قبل تاريخ العمل بها » . كما تنص المادة الثالثة من قانون اصداره على أن «اجراءات التنفيذ على العقار يستمر السير فيها طبقًا لأحكام القانون القديم متى كان قد صدر فيها حكم برسو المزاد فى ظله » . ومؤدى هذين النصين أن القانون الجديد جعل الحكم برسو المزاد طبقاً للمادة ٦٦٨ من قانون المرافعات القديم فيصلاً يحدد نطاق سريان كل من القانونين على اجراءات التنفيذ التى بدأت قبل نفاذ القانون الجديد بحيث يسرى عليها هذا القانون ما لم يكن قد صدر فيها حكم برسو المزاد قبل تاريخ العمل به . لما كان ذلك ، وكان الثابت أن قائمة شروط البيع قد أودعت فى ١٩٦٩/١/٢٥ فى ظل قانون المرافعات الجديد فإن المادة ٤١٤ منه هى التى تسرى عليها . (الطعن ١٦٢٣ لسنة ٤٨ق جلسة ٨٢/١١/٢٣ س٣٣ ص١٠٢٨) .

(١) مؤدى ذلك أن الدعاوى التى تم الفصل فيها والاجراءات التى تمت قبل العمل بالقانون الجديد لا تخضع لأحكامه وإنما تسرى عليها احكام القانون القديم حتى ولو لم يكن الحكم فيها نهائيًا وطعن فيه بالاستئناف فى ظل القانون الجديد . نقض ١٩٧٧/١/٥ س٢٨ ص١٥٩ - ١٩٦٧/١٠/٢٥ س١٨ ص١٥٥٢.

على ما لم يتم من اجراءات قبل العمل به ، أما الاجراءات التى تمت والدعاوى التى تم الفصل فيها فى ظل القانون القديم فتبقى خاضعة لحكمه (١) .

---

(١) المشرع قد عدل نص المادة ٧٠ من قانون المرافعات بموجب القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٧٦ المنشور بالجريدة الرسمية فى ١٩٧٦/٨/٢٦ والمعمول به من هذا التاريخ . وكان النص المذكور قبل تعديله يوجب على المحكمة القضاء باعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا لم يتم تكليف المدعى عليه بالحضور فى خلال ثلاثة أشهر من تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب متى تمسك به صاحب الشأن . أما بعد تعديله فقد جعل الأمر جوازيًا للمحكمة وعلى أن يكون عدم الاعلان راجعاً إلى فعل المدعى ، ولما كان عدم اعلان المطعون عليه الثالث قد تحقق قبل تاريخ سريان القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٧٦ فإن نص المادة ٧٠ سالفة الذكر قبل تعديله يكون هو الواجب التطبيق . (الطعن ٧٢ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/٤/٣) .

من المقرر وفقاً لنص المادة الثانية من قانون المرافعات أن « كل اجراء من اجراءات المرافعات تم صحيحًا فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً ما لم ينص على غير ذلك . ولا يجرى ما يستحدث من مواعيد السقوط إلا من تاريخ العمل بالقانون الذى استحدثها » . وكانت المادة ٧٠ من قانون المرافعات قبل تعديلها بالقانون ٧٥ سنة ١٩٧٦ الذى عمل به اعتباراً من ١٩٧٦/٨/٢٦ توجب على المحكمة أن تقضى باعتبار الاستئناف كأن لم يكن متى تمسك بذلك صاحب الشأن وبعد تعديل تلك المادة أصبح الأمر جوازياً للمحكمة وشروط الحكم به أن يكون عدم تمام اعلان راجعاً إلى فعل المستانف – لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن أودع صحيفة الاستئناف قلم الكتاب بتاريخ ١٩٧٥/٣/٢٣ ولم يتم اعلان المطعون ضدهم من الثانى إلى الرابعة بأصل الصحيفة فى خلال ثلاثة أشهر من تاريخ ايداعها ، فإن القانون الذى وقعت المخالفة وتمت فى ظله هو نص المادة ٧٠ قبل تعديلها بالقانون ٧٥ سنة ١٩٧٦ وهى الواجبة الاعمال على واقعة الدعوى المطعون فى حكمها ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإنه يكون قد طبق صحيح القانون ، ويكون النعى على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون على غير أساس . (الطعن ١٣٨١ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨١/٤/١٥) .

٣-الاستثناءات على مبدأ الأثر المباشر لقوانين المرافعات :

أورد المشرع عدة استثناءات (١) على المبدأ السابق تتمثل في :

الأول : يتعلق بالقوانين المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد اقفال باب المرافعة فى الدعوى . إذا قفلت المحكمة باب المرافعة فى الدعوى وحجزت القضية للحكم فى موضوعها ، ثم صدر قانون جديد ونقل الاختصاص بتلك الدعوى إلى محكمة أخرى فإن الاختصاص يظل للمحكمة التي تنظر الدعوى وتستمر فى ذلك حتى تصدر الحكم فيها .

الثاني : يتعلق بالقوانين المعدلة للمواعيد ، فلا تسرى القوانين المعدلة لمواعيد المرافعات على ما بدأ قبل نفاذها من مواعيد . فإذا عدل القانون الجديد فى مواعيد الاجراءات أو الطعن فى الأحكام فإن الميعاد الجديد يسرى فقط على المواعيد التى تبدأ فى السريان بعد نفاذه . ويستمر الميعاد الذى بدأ فى ظل القانون القديم حتى ينتهى طبقًا لهذا القانون (٢) .

---

(١) المادة الأولى من قانون المرافعات .

(٢) نقض ١٩٦٣/٥/٢٣ س١٤ ص٧٠٣ .

إن المشرع إذ استثنى من القاعدة التى أوردها فى صدر المادة الأولى من قانون المرافعات القائم والتى تقضى بسريان قوانين المرافعات على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من الاجراءات قبل تاريخ العمل به ، إذ استثنى من هذه القاعدة القوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها فإنما قصد بهذا الاستثناء القوانين التى تعدل ميعاداً كان منصوصاً عليه فى قانون سابق من قوانين الاجراءات أما ما لم يكن منصوصاً عليه من المواعيد فإنه لا يسرى عليه هذا الاستثناء ولو كان الميعاد قد قرره الفقه أو القضاء بغير نص عليه فى القانون لأن التعديل بقانون لا يرد إلا على نص موجود . (الطعن ٤٢٩ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٥/٢٣ س١٩ ص١٠٠٨) .

الثالث : يتعلق بالقوانين المنظمة لطرق الطعن ، فلا تسرى القوانين المنشئة أو الملغية لطرق الطعن على الأحكام الصادرة قبل نفاذها . لا يطبق القانون الجديد على الأحكام التى صدرت قبل العمل به . وبناءً على ذلك فالحكم الذى كان يقبل الطعن بالمعارضة فى ظل القانون القديم يظل قابلاً لذلك حتى بعد صدور قانون جديد ملغيًا لهذا الطريق من طرق الطعن فى شأن مثل هذا النوع من الأحكام (١) . والحكم الذى لم يكن يقبل الطعن بطريق النقض يظل كذلك حتى بعد صدور قانون جديد يجيز الطعن بالنقض فى مثل هذا الحكم .

تم بحمد الله

---

(١) نقض ١٩٦٠/٣/٢٤ حيث أجاز الطعن فى الحكم بالتماس اعادة النظر طبقاً للقانون السارى المفعول وقت صدوره حتى لو صدر قانون جديد يحظر ذلك .

وقضت كذلك بأنه لا يسرى ما استحدثه القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ المعدل لقانون المرافعات من أحكام خاصة بالاستئناف إلا على الاستئناف الذى يرفع بعد العمل بالقانون الجديد ، أما الاستئناف الذى يكون قد رفع قبل ذلك فتتبع فى شأنه النصوص السارية وقت رفعه . نقض ١٩٦٢/١٠/١٨ س١٣ ص٩١١ .

الفهرس

الباب الثاني

الفصل الثاني

الفصل الثالث

الباب الثالث

تطبيق القانون ٤٠٣

الفصل الأول

السلطة القضائية ٤٠٤

الفصل الثاني

تفسير القانون ٤٠٩